Law Reform Commission of Canada

Commission de réforme du droit du Canada

CRIMINAL LAW

questioning suspects

Working Paper 32

Canada

QUESTIONING SUSPECTS

Available by mail free of charge from

Law Reform Commission of Canada
130 Albert St., 7th Floor
Ottawa, Canada
K1A 0L6

or

Suite 310
Place du Canada
Montréal, Québec
H3B 2N2

©Minister of Supply and Services Canada 1984
Catalogue No. J32-1/32-1984
ISBN 0-662-52916-2

Law Reform Commission
of Canada

Working Paper 32

QUESTIONING SUSPECTS

1984

Notice

This Working Paper presents the views of the Commission at this time. The Commission's final views will be presented later in its Report to the Minister of Justice and Parliament, when the Commission has taken into account comments received in the meantime from the public.

The Commission would be grateful, therefore, if all comments could be sent in writing to:

Secretary
Law Reform Commission of Canada
130 Albert Street
Ottawa, Canada
K1A 0L6

Commission

Mr. Justice Allen M. Linden, President
Professor Jacques Fortin, Vice-President
Ms. Louise Lemelin, Q.C., Commissioner
Mr. Alan D. Reid, Q.C., Commissioner
Mr. Joseph Maingot, Q.C., Commissioner

Secretary

Jean Côté, B.A., B.Ph., LL.B.

Co-ordinator, Criminal Procedure

Calvin A. Becker, B.A., LL.B., LL.M., Ph.D.

Principal Consultant

Patrick Healy, B.A. (Hons), B.C.L.

Table of Contents

INTRODUCTION 1

PART ONE: The law 5

I. The voluntariness rule 5

A. *Scope* 7
B. *Person in authority* 11
C. *Voluntariness* 12
(1) The traditional view 12
(2) Recent developments 14
a. *Capacity* 15
b. *Oppression* 16
D. *Burden of proof* 17

II. The rationale for the rule 18

A. *Introduction* 18
B. R. *v.* Wray 20
C. Rothman *v.* The Queen 25

III. Conclusion 39

PART TWO: Recommendations for reform 43

I. Introductory recommendation 43

II. Rules governing the questioning of suspects 48

Division I — Preliminary provisions 48
A. *Application* 48
Recommendation 2 48
Recommendation 3 52
Recommendation 4 52

B. *Interpretation* 53
Recommendation 5 53
Division II — General rules 55
Recommendation 6 56
Recommendation 7 57
Recommendation 8 58
Division III — Recording procedures 58
A. *Field questioning* 58
Recommendation 9 58
B. *Station-house questioning* 58
(1) Taped questioning 58
Recommendation 10 58
Recommendation 11 59
(2) Questioning not taped 59
Recommendation 12 59
Division IV — Enforcement 61
Recommendation 13 61
Recommendation 14 65
Division V — Concluding recommendation 67
Recommendation 15 67

PART THREE: Summary of recommendations 69

ENDNOTES 75

APPENDIX A: Record of statement 97

APPENDIX B: Relevant extracts from Bill S-33 101

The objective of a criminal trial is justice. Is the quest of justice synonymous with the search for truth? In most cases, yes. Truth and justice will emerge in a happy coincidence. But not always. Nor should it be thought that the judicial process has necessarily failed if justice and truth do not end up in perfect harmony. Such a result may follow from law's deliberate policy. The law says, for example, that a wife's evidence shall not be used against her husband. If truth and nothing more were the goal, there would be no place for such a rule. For in many cases the wife's testimony would add to the quota of truth. But the law has regard to other values also. The sanctity of the marriage relationship counts for something. It is shocking to our moral sense that a wife be required to testify against her husband. So, rather than this should happen, the law makes its choice between competing values and declares that it is better to close the case without all the available evidence being put on the record. We place a ceiling price on truth. It is glorious to possess, but not at an unlimited cost. "Truth, like all other good things, may be loved unwisely — may be pursued too keenly — may cost too much."

It is justice then that we seek, and within its broad framework we may find the true reasons for the rule excluding induced confessions. Undoubtedly, as already stated, the main reason for excluding them is the danger that they may be untrue. But there are other reasons, stoutly disclaimed by some judges, openly professed by others, and silently acknowledged by still others — the last perhaps being an instance of an "inarticulate major premise" playing its role in decision-making. These reasons, all of them, are rooted in history. They are touched with memories of torture and the rack, they are bound up with the cause of individual freedom, and they reflect a deep concern for the integrity of the judicial process.

The Honourable Samuel Freedman,
formerly Chief Justice of the Court of Appeal
for the Province of Manitoba,
"Admissions and Confessions" in Salhany and Carter,
Studies in Canadian Criminal Evidence (1972), 99
(footnote omitted).

Introduction

An effective police officer must be able to ask questions of persons that he believes can assist in the resolution of a criminal investigation. There is a moral obligation upon such persons to offer any relevant information they may have, but their assistance cannot be compelled.[1] Save in circumstances specifically sanctioned by statute, police officers have no power to demand answers to their questions.[2] Nor can their powers of arrest be exercised solely to detain a person for questioning.[3]

While the obligation of assistance extends to all citizens, the law has long recognized that it would be repugnant in principle to empower agents of the state with authority to compel statements or answers from persons suspected or accused of crime. Such authority would grant nothing less than a power to compel incriminating admissions or confessions of guilt. The absence of any obligation to answer questions is described positively as the right to remain silent. In this sense, the prerogative to pose questions is matched by the freedom to keep silence.[4] The police and the prosecution cannot expect a suspect or an accused to assist in the preparation and proof of their case against him. In an adversarial system of law this principle is as fundamental as the presumption of innocence.[5]

A police officer's right to put questions and a suspect's right to remain silent signify different interests in the administration of criminal justice. The former is essential to the investigation of crime and, accordingly, to public security. The latter vouchsafes the right of the citizen not to incriminate himself.[6] To balance the interests that inhere in these two rights, the common-law courts developed rules of evidence to govern the admissibility of extra-judicial statements. The fulcrum of that balance is the concept of voluntariness.

From its infancy in the eighteenth century to its maturity in the twentieth, the principle of voluntariness has been applied as a rule of evidence and a rule of policy.[7] The chief elements of the positive rule are now well defined in Canada and can be surveyed with relative dispatch, although the volume of jurisprudence provides an abiding reminder that the application of the rule is not free from difficulty or ambiguity. By contrast, the policy of the law is shot through with controversy.

This Working Paper is predicated on the belief that it is fair and just for statements made to police officers by persons suspected or accused of crime to be admitted in evidence if those statements were made with an enlightened understanding of the consequences that may flow from making them. While we would not inhibit the acquisition of statements from such persons in the investigation of crime, we would deny that they are voluntary unless it is demonstrated that at the time of their making the accused had been apprised of his legal jeopardy. The Commission does not accept the view that the voluntariness of a statement made by a suspect or an accused can be adequately assessed by a retrospective examination of the circumstances of its making unless prescribed rules for the questioning of suspects have been followed.

Voluntariness is not solely an evidentiary concern. There is a procedural dimension to it that comprehends the manner in which statements were obtained, received and recorded. While we endorse voluntariness as the test of admissibility, we propose to give form to this procedural dimension. Our recommendations would, of course, have significant ramifications with respect to the administration of the voluntariness rule, but the purpose of this paper is not to resolve long-standing evidentiary disputes in Anglo-Canadian law on confessions. With equal respect for the interests of effective law enforcement and the interests of persons who are suspected of crime, we seek to regularize procedures for taking statements. In our proposals we strive for standards that will facilitate a determination of the voluntariness, and admissibility, of statements given by suspects to police officers.

The Government proposes to renew the voluntariness rule by translating it and ancillary rules into legislative form. Clauses 63 to 72 of Bill S-33 are thus very important to this paper.[8] As expressions of the Government's policy, they give some indication of the scope for reform in the law of confessions, and indeed there

can be no greater bar to radical reform than pending or recently-enacted legislation. In its preparation of this paper the Commission has assumed that the admissibility of extra-judicial statements made by an accused to a person in authority will be governed in the future either by the current common-law rules or by statutory rules similar in principle to those set out in Bill S-33. Although the provisions of that measure would introduce some changes in the law, they are remarkable chiefly for their fidelity to precedent, and thus they provide a convenient vehicle by which to review the salient characteristics of current Canadian law on the admissibility of confessions. To the extent that they demarcate the natural limits to reform, these provisions also obviate the necessity for extensive historical review of the evolution of the confessions rule at common law. In this paper extensive reference is made to the relevant provisions of Bill S-33 and to the report of its immediate progenitor, the Federal-Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence.[9]

Reported cases and doctrinal writings provide a library of literature on the law and policy governing the admissibility of extra-judicial statements. This jurisprudence demonstrates that the law of confessions raises questions of policy upon which unanimity is impossible and broad consensus extremely difficult. This Working Paper is not a text on the law of confessions or an academic exercise in comparative law.[10] In it the Commission takes a position on what it perceives as important issues in the interrogation of suspects. Our objective is a programme of practical and workable rules for the conduct of such questioning. In these pages the Commission begins with a précis of the voluntariness rule and a summary of divergent views on its function in Canadian criminal law, as expressed in recent opinions delivered by judges of the Supreme Court of Canada. Part One, therefore, is expository. In Part Two the Commission presents its recommendations for reform.

Neither exegesis of the law nor posturing on hard questions of policy can prove, and therefore vindicate, the correctness of any particular initiative in reform of the law. As with other contentious topics, different constituencies in the legal community have profoundly different opinions with respect to the law on the questioning of suspects, and we do not expect that all of them will be satisfied by the programme set out in this paper. As machinery for the administration of criminal justice, the rules that we propose

must stand on their own merits. We believe that they are consistent with the Constitution and that, if enacted, they would materially improve the law on police interrogation. We also believe that the rules proposed in this Working Paper strike a fair balance between the rights of the suspect and the interests of the community in the administration of criminal justice.

PART ONE

The law

I. The voluntariness rule

Interrogation is one of several means by which the police collect information and evidence. Its importance is manifest in the number of cases where a statement made in response to questioning by the police provides either the only positive evidence available to the Crown or evidence that will establish an otherwise weak case beyond reasonable doubt. Questioning can also dispel suspicions held against innocent persons. Interrogation, in short, is essential to effective law enforcement.

Unlike other means of collecting information, such as electronic surveillance or search and seizure, police interrogation in Canada has never been regulated by legislation. One reason for this distinction is that search and wire-tapping are plainly investigative powers for obtaining evidence, or intelligence, and accordingly they are generally subject to a requirement of reasonable and probable cause. Another is that the execution of these investigative techniques implies an invasion of the citizen's private interests. Questioning by the police does not necessarily presuppose complicity in crime on the part of the person questioned, and it involves no obvious invasion in the sense suggested by a comparison with powers of search or electronic surveillance. A police officer who poses questions does so with no other authority than the freedom and discretion that any citizen has to address himself to another, though it is plain that he does so as an agent of the state in the fulfilment of specified duties.

Some indirect regulation of police interrogation has been provided by the rules of evidence, and in particular by the

exclusionary rule descending from *Ibrahim* v. *The King*.[11] In Canada, as in most jurisdictions that administer the common law of evidence, or some statutory derivative thereof, the rule governing the admission of extra-judicial statements as evidence in a criminal proceeding derives from the opinion given for the Privy Council in that case by Lord Sumner. It derives from a single sentence:

> It has long been established as a positive rule of English criminal law, that no statement by an accused is admissible in evidence against him unless it is shewn by the prosecution to have been a voluntary statement, in the sense that it has not been obtained from him either by fear or prejudice or hope of advantage exercised or held out by a person in authority.[12]

This statement was adopted as a "positive rule" of Canadian law in 1922, when the Supreme Court of Canada decided *Prosko* v. *The King*,[13] and either the *dictum* or the principle it avers has been repeatedly affirmed in subsequent cases.[14] Perhaps *because* of its elegance and economy, Lord Sumner's statement of the rule has attracted the kind of respect that a statutory provision commands. The controversy that surrounds the interpretation of the confession rule and its function in the administration of criminal justice is partly due to Lord Sumner himself: the celebrity of that single sentence has made the rule into something of legal rune on which proponents of different policies have fought, with varying results, over and over again.

Evidence of extra-judicial statements made by an accused to a person in authority is by definition a species of hearsay when tendered by the prosecution. Accordingly, the provisions of Bill S-33 that would govern the admissibility of such statements are found among exceptions to the general ban on hearsay evidence. Even as such, however, extra-judicial statements are presumed inadmissible until the prosecution establishes that the statement satisfies the special criterion of voluntariness. If such proof is made, the statement is admissible, although the Bill, like the common law before it, recognizes in the trial judge a discretion to exclude a statement of tenuous admissibility if its probative value is outweighed by its prejudicial effect.[15]

Clauses 63 and 64 state the essential elements of the law:

> **63.** In this section and sections 64 to 70, "person in authority" means

> a person having authority over the accused in relation to a criminal proceeding or a person who the accused could reasonably have believed had that authority;
>
> "voluntary", in relation to a statement, means that the statement was not obtained by fear of prejudice or hope of advantage exercised or held out by a person in authority.
>
> **64.** A statement, other than one to which paragraph 62(1)(*f*), (*g*), (*h*) or (*i*) applies that is made by an accused to a person in authority is not admissible at the instance of the prosecution at a trial or preliminary inquiry unless the prosecution, in a *voir dire*, satisfies the court on a balance of probabilities that the statement was voluntary.

Save for the reduction of the burden of proof, new and old law would coincide in these provisions. As does the common-law rule, the statutory rule of voluntariness would apply only when the statement in issue was made to a person in authority. The forum for determining voluntariness would remain the *voir dire*, a trial upon the issue of admissibility conducted solely by the trier of law.[16] Thus, an extra-judicial statement cannot be put to the trier of fact or, in the case of a preliminary inquiry[17] or trial by judge alone,[18] weighed by the trier of fact until it has been admitted upon proof of voluntariness.[19]

The principal aspects of the rule as they affect the questioning of suspects can be reviewed under four heads: scope, person in authority, voluntariness, and burden of proof.

A. *Scope*

No distinction is made in the application of the voluntariness rule between inculpatory and exculpatory statements, nor is there any distinction between a confession and an admission of any fact that is material to a determination of guilt or innocence.[20] There are, however, three clear exemptions from the voluntariness rule and the *voir dire* as applied to extra-judicial statements.[21]

First, after some hesitation,[22] the Supreme Court of Canada ruled in *Park* v. *The Queen* that an accused could make an enlightened and express waiver of the *voir dire*,[23] and this decision is codified in clause 68 of Bill S-33. As such a waiver constitutes an admission of voluntariness, the statements can be received without further inquiry. No such provision is made in the Bill, but the Court in *Park* stipulated that the presiding judge retains a discretion to conduct a *voir dire*, despite the waiver, in order to ascertain whether the accused understands the nature and effect of the waiver given.[24]

The second exemption from the requirement of a *voir dire* covers statements that of themselves constitute an offence.[25] This is as much a point of logic as of law, and nothing is said of it in Bill S-33. Statements are acts and thus subject to proof as facts. Where such facts constitute the gravamen of an offence, a requirement for proof of voluntariness would be tantamount to a requirement for proof that the offence was voluntarily committed. Indeed, if carried to its extreme, it would create a bar to the description of the offence. As a confession is tendered as proof of an offence, and not alleged as the offence itself, any suggestion that a statement forming part or all of the offence itself should be proved voluntary is absurd, though the existence of promises or threats in such circumstances might conceivably be relevant to allegations of a substantive defence of entrapment, provocation or self-defence.

Third, clause 64 of Bill S-33 declares, by reference to subclause 62(1), that the voluntariness rule does not apply to certain types of statements.

> **62.** (1) The following statements are admissible to prove the truth of the matter asserted:
>
> ...
>
> (*f*) a statement as to the physical condition of the declarant at the time the statement was made, including a statement as to the duration but not as to the cause of that condition;

> (*g*) a statement, made prior to the occurrence of a fact in issue, as to the state of mind or emotion of the declarant at the time the statement was made;
>
> (*h*) a spontaneous statement made in direct reaction to a startling event perceived or apprehended by the declarant;
>
> (*i*) a statement describing or explaining an event observed or an act performed by the declarant, made spontaneously at the time the event or act occurred.

This miscellany combines certain recognized exceptions to the hearsay rule and statements that might have been admissible at common law under the doctrine of *res gestae*.[26] By allowing the reception of these statements as proof of their contents, these provisions would eradicate the euphemistic jargon of *res gestae* from Canadian law and resolve the uncertainty with regard to the foundation upon which spontaneous declarations are admissible.[27] They would also eliminate further debate on a question that has never been resolved by the Supreme Court of Canada: is a statement that forms part of the *res gestae* inadmissible until proved voluntary at a *voir dire*, or, conversely, does an inadmissible confession become admissible if it can be brought within the concept of *res gestae*? In the Supreme Court the clearest *dicta* on the issue are those of Mr. Justice Dickson in *Erven* v. *The Queen*, where he said that although confessions and statements forming part of the *res gestae* were admissible upon wholly distinct rationales, it did not follow that the rules affecting the reception of each are mutually exclusive.

> Statements should not slip in without a *voir dire* under the pretext that they form part of the *res gestae*.... The rules regarding *res gestae* are substantive rules regarding hearsay and the admissibility of evidence. They do not affect the procedure by which decisions are to be made regarding admissibility of statements made to persons in authority. Statements constituting part of the *res gestae* are admissible as exceptions to the general rule excluding hearsay. As with all statements by an accused, they are subject to the general

> requirement of voluntariness. In order to determine whether they are voluntary, as well as whether they are, in fact, part of the *res gestae* and otherwise admissible, such statements must be considered by the judge on a *voir dire* in the absence of the jury.[28]

By this view an inadmissible confession could never be received through the doctrine of *res gestae* because both types of statement, if made to a person in authority, must be proved voluntary at a *voir dire*. Although it is unclear whether the position taken by Dickson J. represents the law at the moment,[29] it is clear that the Government rejected this position in the formulation of Bill S-33. By distinguishing between the two types of statements, and thus giving formal recognition to distinct criteria for their admission, the provisions of Bill S-33 would bring a measure of intellectual rigour, if not clarity of principle, to the application of rules in a confused area of the law. Thus, if it were enacted, clause 64 would require an exercise in classification, and, in order to protect the accused against gross prejudice, a *voir dire* would have to be held in order to determine whether the statement in issue falls within the rule or one of the enumerated exceptions. If it lies within the former, the *voir dire* must proceed to a determination of voluntariness; if it lies within an exception, it would be admissible.[30]

Apart from the three exceptions considered above, the admissibility of other extra-judicial statements is dependent upon the prosecution's proof of voluntariness at a *voir dire*.[31] The concept of "statement" generally poses no particular difficulty, although it should be noted that a statement can also take the form of assertive conduct.[32] This qualification is captured in the definition set out in clause 2 of Bill S-33:

> "statement" means an oral or a recorded assertion and includes conduct that could reasonably be taken to be intended as an assertion.

Accordingly, if an investigating officer holds up an item of contraband and asks the accused if that contraband is his, a nod of the head will suffice as an admission of possession. For present purposes, the effect of the definition of "statement" is to assimilate assertive acts to testimonial evidence, as opposed to original evidence, and thus, when read together with this definition, clause 64 would appear to require that assertive conduct in the presence of a person in authority be proved voluntary at a *voir dire* before being admitted in evidence at the instance of the Crown.[33]

B. *Person in authority*

As noted above, it is an essential condition for the application of the voluntariness rule that the statement in issue have been given to a person who is recognized at law as a person in authority. This was the case at common law, and would remain so under Bill S-33. Extra-judicial statements made by the accused to other persons are admissible, without proof of voluntariness, as statements against interest by a party-litigant. Of course, it is in the nature of criminal investigation and prosecution that extra-judicial statements made to persons in authority are most often made to police officers, but the category of persons in authority is not limited.[34] In a practical sense, therefore, the breadth of this category measures the scope of the rule. In the absence of a definition, the courts have considered as persons in authority anyone whom the accused might reasonably believe to be in a position materially to affect the course of a prosecution against him.[35] These criteria clearly admit of both broad and narrow interpretations. The paradigm is the person who is directly involved in the apprehension of a suspected offender or in the investigation or prosecution of an offence.[36] The narrowest view would restrict this notion even further so as to exclude anyone whose authority does not apparently derive from the state.[37] The courts, however, have not always taken the narrow view and thus it has been held that employers,[38] medical personnel,[39] private detectives,[40] and victims[41] might qualify as persons in authority. Once again, the issue depends entirely upon the circumstances of each case.

It is important to note that "authority" in this context has nothing to do with promises or threats allegedly made by the person to whom a statement was given, nor with that person's ability to make good upon any threat or promise; the existence and effect of inducements are only elements in the assessment of voluntariness, and not conditions for the application of the rule.[42] The central factor in identifying a person in authority is the degree of power or control that the accused might reasonably perceive in the person to whom he makes the statement, although the existence of any inducement will obviously colour his perception in the circumstances.[43] While the reasonableness of the accused's belief implies an objective criterion in identifying a person in authority, a majority of the Supreme Court of Canada ruled in *Rothman* v. *The Queen* that the test of a person in authority was essentially

subjective,[44] and this rule of interpretation is set out in clause 70 of Bill S-33.

> Where an accused in making a statement was unaware that he was dealing with a person in authority, the statement shall be treated as having been made to a person other than a person in authority.

Thus, if the accused does not believe that his interlocutor is a person in authority, or if he can be duped into believing him not to be such a person, the voluntariness rule does not apply.[45] This characterization of the requirement for a person in authority affords considerable latitude for subterfuge and deception by persons who seek to elicit statements by concealing their identity; it also removes the bar against procuring statements by inducements where identity is concealed.

C. *Voluntariness*

(1) The traditional view

Proof of voluntariness is, of course, the substantive test of admissibility for an extra-judicial statement made by the accused to a person in authority and tendered in evidence by the prosecution. Otherwise the manner in which a statement was obtained can only influence the weight that can be ascribed to it by the trier of fact.[46] As it was at common law, the concept of voluntariness is defined in Bill S-33 as the absence of promises or threats held out through word or deed by a person in authority.[47] A voluntary statement, therefore, is one that was intentionally made without the inducement of a promise or a threat. It is not necessarily one that was made with an enlightened understanding of the legal ramifications that may flow from doing so.[48]

The type of inducement that will vitiate the admissibility of a statement is as impervious to positive definition as the concept of voluntariness itself. In this regard Bill S-33 does not deviate from precedent, and thus it must be assumed that common-law principles of interpretation will remain in effect to the extent that the Bill does not declare explicit rules with respect to the determination of admissibility. On the *voir dire* the judge is faced primarily with a question of fact,[49] in which the telling element will be the existence

of a causal link between the conduct of a person in authority and the making of the statement. The assessment of voluntariness requires that the presiding judge examine all the circumstances surrounding the making of the statement, and it is for this reason that the kind of conduct that will render a statement inadmissible cannot be defined systematically. The importance of the facts in each case was discussed by Mr. Justice Rand in *R.* v. *Fitton*:

> The cases of torture, actual or threatened, or of unabashed promises are clear; perplexity arises when much more subtle elements must be evaluated. The strength of mind and will of the accused, the influence of custody or its surroundings, the effect of questions or of conversation, all call for delicacy in appreciation of the part they have played behind the admission, and to enable a Court to decide whether what was said was freely and voluntarily said, that is, was free from the influence of hope or fear aroused by them.[50]

Rejection of the evidence must follow if it is apparent upon an examination of the circumstances that the words or acts of a person in authority might reasonably be believed to have induced the accused to make a statement under the apprehension of harm or advantage. A causal relationship, however, is necessary: were the words or actions of a person in authority the causes that induced the accused to make a statement under a fear of prejudice or hope of advantage?[51] The inducement need not relate to the future course of a prosecution,[52] and there is no requirement that the conduct of the person in authority be either wilful or intentional.[53] However, if the effect of an inducement that would offend the rule is in any way dissipated, a subsequent statement will not necessarily be rendered inadmissible.[54]

Fear or hope aroused in the accused will not necessarily be grounds for exclusion because these states of mind may be self-induced or induced by conduct that does not otherwise offend the rule.[55] Spiritual inducements, trickery or oppressive circumstances will not of themselves render a statement involuntary, and therefore inadmissible, unless the evidence discloses conduct that is tantamount to a promise or threat.[56] Improper or illegal conduct by persons in authority, including the denial of counsel by police officers, will also not bar the admission of statements unless it falls within the prohibited classes of inducement.[57] In assessing the circumstances in which a statement was made, the judge may consider, for example, whether a warning was given,[58] whether trickery was employed,[59] whether the suspect was of sufficient

age[60] and intellectual capacity[61] to understand what he was doing, and whether the interrogation was of undue duration.[62] According to traditional jurisprudence, therefore, exclusion for lack of voluntariness is dependent upon evidence of a promise, a threat or some equivalent form of inducement.

A causal link between the conduct of a person in authority and a statement does not imply that the prospect of harm or advantage must necessarily be held out to the accused himself, or indeed that it had been communicated to him by the person in authority;[63] a statement will be excluded if the material consequences of a promise or threat will fall upon some person other than the accused.[64] Certainly promises of interim release, pardon or reduced sentence, even if given only in the form of assent to a suggestion made by the accused himself, can lead to exclusion.[65] Instances of the type of conduct that will constitute an inducement that is obnoxious to the rule are innumerable but it is important to retain that any inducement conveying an element of prejudice or advantage can deny the admissibility of the statement if it caused the accused to speak. Conversely, of course, the necessity of a causal link implies that if the inducement has abated the statement may be admitted. The dissipation of its effect may result either from the lapse of time or from other intervening factors, such as the issuance of a warning. Once again, the duration or effect of an inducement, like its existence, is a question of fact for the judge.

It should be noted that in clause 66 of Bill S-33 the Government has also codified the common-law rule[66] that statutory compulsion does not of itself violate the concept of voluntariness:

> The fact that a statement was required to be made under compulsion of statute shall not be considered in the determination of whether the statement was voluntary.

Despite this rule, however, a *voir dire* must still be conducted to determine that other circumstances surrounding the making of the statement did not contaminate its voluntariness.[67]

(2) Recent developments

As interpreted by the courts at common law, especially in appellate jurisprudence, the concept of voluntariness in Canada is quite restrictive, and it would remain so if Bill S-33 were enacted.[68]

In recent years, however, the courts have expanded the scope of the confessions rule, and this expansion can be discussed under two heads.

a. *Capacity*

The Supreme Court of Canada has recently acknowledged that a free and voluntary statement may still be excluded if the declarant was in such a condition that his statements could not be considered "the utterances of an operating mind".[69] To some extent, of course, capacity would be evaluated as one of the attending circumstances, and thus imbecility, insanity, extreme drunkenness and the like might affect the admissibility of a statement.[70] Accordingly, it could be argued that exclusion for lack of capacity is not a new and separate ground for the rejection of a statement, but an exception to the strict definition of voluntariness that can be justified by reference to the burden of proof and questions of fact to be decided by the judge at first instance.[71] Alternatively, it might be argued that capacity is now an essential element of the substantive confessions rule, and one that must be demonstrated by the prosecution in establishing voluntariness. Whatever distinctions in form there may be between these two formulations, there is little or no difference in substance. It seems plain, however, that the requirement of capacity could not be used at common law to recast the negative formulation of the voluntariness rule into a positive requirement of enlightened consent. The Supreme Court appears to have limited the question of capacity to a determination of whether the statement in issue was the utterance of an operating mind, and this suggests that only some form of clinical incapacity will necessitate exclusion of the statement. Otherwise the accused's state of mind will be considered only as a matter of weight.[72]

Clause 69 of Bill S-33 maintains the criterion of capacity and justifies it upon an analogy with *non est factum*.[73]

> **69.** (1) A statement otherwise admissible under section 64 shall not be received in evidence where the physical or mental condition of the accused when he made the statement was such that it should not be considered to be his statement.

The criterion of capacity as construed by the Bill is, however, markedly different from the concept at common law in one respect. According to the decisions of the Supreme Court, it would appear that at common law a finding of incapacity was open to the judge upon assessment of all the circumstances in which the statement was made, and thus this decision would follow from a question of fact and as a function of the prosecution's burden of proof.[74] Subclause 69(2) of the Bill, however, states that an extra-judicial statement made to a person in authority cannot be excluded by reason of the accused's incapacity unless the accused himself discharges the evidential burden to put his capacity in issue.[75] While it is not denied that such a burden lies with the accused, the novelty in the Bill is the elevation of a principle of common sense to a rule of law.

b. *Oppression*

Although oppression has never been expressly sanctioned by the Supreme Court of Canada as a separate ground for the exclusion of extra-judicial statements, the issue remains open at common law.[76] Even in the absence of express authority, however, oppression has been tacitly recognized at common law in Canada as a basis for the exclusion of extra-judicial statements. As the prosecution must prove voluntariness to the satisfaction of the judge, and as the judge will deliver his ruling after an assessment of all the relevant circumstances, he may exclude a statement if the prosecution fails to discharge its burden. Exclusion on this basis can be tantamount to a discretionary exclusion for oppression. It can, of course, be argued that a statement not barred by the voluntariness rule is admissible and that, accordingly, other considerations can go only to weight as assessed by the trier of fact. This view may be theoretically sound, but there are many instances in which a trial judge has excluded an extra-judicial statement solely on the basis that he retained a doubt with respect to its voluntariness in the circumstances of the case.[77] Lengthy interrogations and questioning incommunicado,[78] for example, are factors that might contribute to such a result. Therefore, as a function of the burden of proof, rather than as part of the positive rule itself, an atmosphere of oppression or compulsion could suffice to justify the exclusion of extra-judicial statements. This discretion, if that is what it can be called, would be eliminated by Bill S-33

because the reduced burden of proof under the Bill, together with the narrow definition of voluntariness, would deny the judge's ability to exclude simply on the ground that he retains some doubt as to the voluntariness of a statement.[79]

D. *Burden of proof*

It has long been settled law that the onus to demonstrate the admissibility of a statement lies with the prosecution.[80] It is also clear that in establishing the circumstances in which a statement was made the prosecution must call all persons in authority who were present at the time and be able to account for all events surrounding the interrogation.[81] There is no rule of automatic exclusion for failure to produce all witnesses to the statement, and thus the judge may proceed to an assessment of voluntariness having received a satisfactory explanation for the absence of any witnesses.[82] If the prosecution does not call all witnesses to the statement, however, it does so at its peril, as the absence of any person who may have been in contact with the accused at a material time will augment the quantum of doubt against the admissibility of the statement.[83] Accordingly, barring evidence of illegal inducements, and quite apart from the contents of any testimony, the prosecution's case for admissibility will be strongest if all witnesses are called. It will be progressively weaker if the absent witness is a person in authority, or someone in the presence of a person in authority, and is in a position to induce the statement by means of a promise or threat.[84]

As for the quantum of proof required of the prosecution on the *voir dire*, the courts at common law and the Government in Bill S-33 have taken rather different positions. The Bill fixes the quantum of proof upon a balance of probabilities. There is perhaps some ambiguity as to the exact quantum of proof required at common law, but one thing is clear: it was never proof upon a balance of probabilities.[85] There are *dicta* in many cases that the quantum is proof beyond reasonable doubt,[86] while in some other cases it is said that the prosecution must prove affirmatively, or to the satisfaction of the judge, that the statement was voluntary.[87] Whatever difference of degree there may be between these two standards, there is plainly a difference in kind between them and proof upon a balance of probabilities.[88]

II. The rationale for the rule

A. *Introduction*

Controversy has always surrounded the interpretation of the voluntariness rule because there has never been agreement with regard to its function in the administration of criminal justice. Some regard the rule solely as a device for purging hearsay statements of the risks of unreliability before they are put to the trier of fact, while others describe it as an instrument for the control of investigative practices. Yet others assert that it serves these functions and more. Undoubtedly, there is merit in all of these positions, and supporting opinions might be found in jurisprudence of very high authority. But the proponents of any particular opinion cannot claim to such certitude and authority in their views that would deny the validity of other opinions. The development of the confessions rule in the twentieth century demonstrates, if nothing else, that the application of the rule can vary markedly in the circumstances of a particular case. Historical analysis will not disclose a single rationale by which to characterize the rule, either as a rule of evidence or procedure.

In Canadian courts there is ambiguity and disagreement with respect to the rationale that supports the voluntariness rule. That the application of the rule fluctuates as a function of policy is amply demonstrated in recent jurisprudence of the Supreme Court of Canada. Although this pattern of fluctuation is evident throughout the evolution of the confessions rule, there is no utility in undertaking here a history of the rule in Anglo-Canadian law, partly because there is already a vast body of literature on the subject and partly because the immediate purpose of this Working Paper is to propose a course of action for reform of the present law. It is nevertheless important to canvass the range of policies that have been advanced in favour of the rule. For this purpose recent jurisprudence of the Supreme Court of Canada provides ample demonstration of the chief lines of argument with regard to the functions of the courts in the administration of rules of evidence. Indeed, a survey of the opinions expressed in *R.* v. *Wray*[89] and *Rothman* v. *The Queen*[90] will suffice for exposition of the differing views advanced by members of the Court with regard for the rationale for the confessions rule in the law of evidence. In the following pages the opinions delivered in

those cases are considered at some length, and with extensive quotation. But the objective of this review is not mere exposition. For reform of the law relating to questioning of suspects, the contrasting positions taken in the Supreme Court raise a fundamental question of policy: should the courts supervise the manner in which evidence of extra-judicial statements is obtained from a suspect during the investigation of a criminal offence?

With respect to the law on confessions, the orthodox opinion in Canadian jurisprudence is that the courts should concern themselves solely with determining whether a statement is objectively trustworthy and entitled to credit in the sense that it was not induced through fear or hope excited in the accused by a person in authority. The exclusion of involuntary statements is a refusal to receive hearsay evidence that might be unreliable, and it is not directly a sanction against the manner in which that evidence was obtained. Reliability in this connection is commonly associated with probable truthfulness, although the courts more often speak of the unreliability inhering in the danger that the statements may be untrue. Proof of voluntariness is presumed to eliminate risk in relying upon extra-judicial statements in the determination of guilt or innocence.

As the concern for the forensic reliability of statements is only indirectly related to the manner in which the statements are obtained, other rationales for the voluntariness rule have been advanced to account for this aspect of the issue. The thrust of these is that the power to exclude evidence should be used in such a way as to discipline the conduct of police questioning and to advance or protect both the substance and appearance of fairness in the administration of criminal justice. From this point of view rules governing the admissibility of extra-judicial statements are construed not only as tests of reliable evidence but as norms by which to regulate relations between investigating authorities and the public. The disciplinary rationale is specifically based upon the premise that the voluntariness rule should be exercised as an instrument to supervise the activities of those who are responsible for the investigation of crime, and thus to preserve the rectitude of the judicial system by disallowing proof of an illegal act through evidence obtained by means of illegal or improper acts.

While there may be no doubt that voluntariness is the crux of the confessions rule, it cannot be said that one rationale justifies

this legal criterion of admissibility. It may be true that the rule emerged in the eighteenth century from a desire to ensure that evidence presented to the trier of fact would be reliable and not tainted by a substantial risk of falsehood. It is certainly true that the reliability rationale has remained very much a central part of the rule throughout its evolution in the courts. But, since evidentiary reliability in this sense only defines the voluntariness rule as a mechanism that facilitates a decision by the trier of fact on the truth of the allegations against the accused, it fails to monitor the conduct of police officers. The reliability rationale and the disciplinary rationale are not incompatible, however, although they epitomize radically different views of police powers, the interests of the individual citizen, and the proper functions of the courts. Both rationales force hard choices in the formulation of a policy to govern the admissibility of confessions, and in some instances there will be an irreconcilable polarity between the public's need to detect and ascertain guilt, and the suspect's right to remain silent. The voluntariness rule represents the attempts of the common law to mediate these interests.

B. R. *v.* Wray

The history of the confessions rule begins in 1783 with the decision in *R.* v. *Warickshall*.[91] The accused was charged as an accessory after the fact in a case of grand larceny. She had received stolen property with the knowledge that it had been stolen, but the goods were discovered as a result of a confession that had been "obtained by promises of favour".[92] The Court ruled that the inducement rendered the confession inadmissible as evidence at the trial:

> Confessions are received in evidence, or rejected as inadmissible, under a consideration whether they are or are not intitled to credit. A free and voluntary confession is deserving of the highest credit, because it is presumed to flow from the strongest sense of guilt, and therefore it is admitted as proof of the crime to which it refers; but a confession forced from the mind by the flattery of hope, or by the torture of fear, comes in so questionable a shape when it is to be considered as the evidence of guilt, that no credit ought to be given to it; and therefore it is rejected.[93]

Thus the doctrine of voluntariness was fixed as a rule governing the admissibility of evidence.

On the ground that evidence discovered by means of an inadmissible confession was itself inadmissible, counsel for Jane Warickshall then moved that the Court should also refuse any proof of the fact that stolen property was found among the accused's possessions, "for otherwise... the prisoner [would be] made the deluded instrument of her own conviction". This motion was refused:

> This principle respecting confessions has no application whatever as to the admission or rejection of facts, whether the knowledge of them be obtained in consequence of an extorted confession, or whether it arises from any other source; for a fact, if it exist at all, must exist invariably in the same manner, whether the confession from which it is derived be in other respects true or false. Facts thus obtained, however, must be fully and satisfactorily proved, without calling in the aid of any part of the confession from which they may have been derived; and the impossibility of admitting any part of the confession as a proof of the fact, clearly shews that the fact may be admitted on other evidence; for as no part of an improper confession can be heard, it can never be legally known whether the fact was derived through the means of such confession or not; and the consequences to public justice would be dangerous indeed; for if men were enabled to regain stolen property, and the evidence of attendant facts were to be suppressed, because they had regained it by means of an improper confession, it would be holding out an opportunity to compound felonies. The rules of evidence which respect the admission of facts, and those which prevail with respect to the rejection of parol declarations or confessions, are distinct and independent of each other.[94]

Here and in the passage quoted above it is clear that the rationale for the confessions rule, and indeed for rules on the admissibility of evidence in general, is forensic reliability.

The long arm of precedent at common law proved its reach in 1970, when the reasons advanced by the Court in *Warickshall's Case* were restated in the judgment delivered by Mr. Justice Martland for a majority of the Supreme Court of Canada in *R.* v. *Wray*.[95]

Mr. Wray was charged with murder. The case against him was largely circumstantial, save for a signed statement and a rifle that was discovered as a result of information divulged in the confession. After signing the statement the accused was taken by the police to a swamp near the scene of the crime and, on the basis

of what he told them there, the police found the rifle on the following day. The statement was excluded from the trial on the basis that it was involuntary and therefore inadmissible. The trial judge also purported to exercise a discretion to exclude evidence of the accused's participation in the discovery of the weapon. The Ontario Court of Appeal affirmed that the trial judge had such a discretion. This ruling was the sole ground of the Crown's appeal to the Supreme Court of Canada. The appellant argued that proof of the discovery was admissible. Moreover, the Crown argued that it could lead evidence of the accused's involvement in locating the rifle and of the portion of the confession that was confirmed by this discovery. In support of this argument it relied chiefly upon the rule stated by Chief Justice McRuer of the Ontario High Court of Justice in *R.* v. *St. Lawrence*.[96] The appeal was allowed by a majority of the Supreme Court, with three judges dissenting.

Wray is of immense importance in Canadian criminal jurisprudence. The question upon which leave to appeal was granted forced the Court to tackle fundamental issues of policy with respect to the law governing the admission and exclusion of evidence in criminal proceedings. Moreover, the ruling delivered by the Court has governed the issue in Canada ever since. The gist of the reasons given for the majority by Mr. Justice Martland can be summarized as follows: as a matter of law, the trial judge has no discretion to exclude technically admissible evidence of substantial weight and probative value on the basis that its admission would operate unfairly against the accused or would bring the administration of justice into disrepute. There is, however, a narrow discretion to exclude on the ground of unfairness: the judge may exclude evidence of tenuous admissibility if its probative value is surpassed by its prejudicial effect.

The reasons upon which Martland J. reached his conclusion are clear. He said that in all questions affecting the admissibility of evidence the governing premise is the general principle of relevance, and on this point he quoted from the speech given by Lord Goddard in *Kuruma* v. *The Queen*:

> In their Lordships' opinion the test to be applied in considering whether evidence is admissible is whether it is relevant to the matters in issue. If it is, it is admissible and the court is not concerned with how the evidence was obtained.[97]

Mr. Justice Martland took the view that a derogation from this general principle could be justified solely by some positive rule of exclusion, such as the voluntariness rule, or by the discretion to exclude evidence in order to ensure a fair trial. Following a lengthy examination of jurisprudence in the House of Lords, and particularly the decision of the Privy Council in *Noor Mohamed*,[98] he concluded that there was no authority to support a broad discretion that would allow the exclusion of admissible evidence solely on the basis that its reception would be prejudicial to the accused because of the manner in which it was obtained, or that its reception would bring the administration of justice into disrepute. So far as Mr. Justice Martland was concerned, fairness has a restricted meaning in the law governing the admissibility of evidence in criminal cases:

> I think confusion has arisen between "unfairness" in the method of obtaining evidence, and "unfairness" in the actual trial of the accused by reason of its admission. The result of those two cases was, in effect, to render inadmissible evidence which the *ratio decidendi* of the *Kuruma* case had held to be admissible. The view which they express would replace the *Noor Mohamed* test, based on the duty of a trial judge to ensure that the minds of the jury be not prejudiced by evidence of little probative value, but of great prejudicial effect, by the test as to whether evidence, the probative value of which is unimpeachable, was obtained by methods which the trial judge, in his own discretion, considers to be unfair. Exclusion of evidence on this ground has nothing whatever to do with the duty of a trial judge to secure a fair trial for the accused.[99]

The conclusion, therefore, is plain:

> [I]n my opinion, under our law, the function of the court is to determine the issue before it, on the evidence admissible in law, and it does not extend to the exclusion of admissible evidence for any other reason.[100]

The rationale advanced by Martland J. is closely tied to a perception of the trial process as a mechanism for determining the truth of allegations made against the accused. So far as the duties of the trial judge are concerned, this view expressly eschews any direct or supervisory control over the manner in which criminal investigations are conducted.

The dissenting judges took quite a different view of the issues in *Wray*. The thrust of their objections to the majority's conclusion

is contained in the opinion delivered by Cartwright C.J.C. At the outset, quoting from *R.* v. *St. Lawrence*, he endorsed Chief Justice McRuer's statement of the rule governing the admissibility of confessions that are confirmed by subsequent facts:

> Where the discovery of the fact confirms the confession — that is, where the confession must be taken to be true by reason of the discovery of the fact — then that part of the confession that is confirmed by the discovery of the fact is admissible, but further than that no part of the confession is admissible.[101]

Cartwright C.J.C. then discussed anomalies that arise when truthfulness is imported into the evaluation of extra-judicial statements. He noted that in *DeClercq*[102] a majority of the Supreme Court agreed that the truth or falsity of an extra-judicial statement may be relevant to its admissibility even though the test of admissibility is voluntariness. Moreover, he says, "[t]he great weight of authority indicates that the underlying reason for the rule that an involuntary confession shall not be admitted is the supposed danger that it may be untrue".[103] The obvious question, therefore, is whether reliable evidence of truthfulness would justify the admission of any statement. The problem posed by *DeClercq* is whether an involuntary statement ought to be admitted upon proof that it is true. If truthfulness were the ultimate criterion, there would be no doubt that it should. Cartwright C.J.C. took up this issue in the following passage which begins with a quotation from the judgment of the Ontario Court of Appeal in *R.* v. *Mazerall*:

> It would be a strange application of a rule designed to exclude confessions the truth of which is doubtful, to use it to exclude statements that the accused, giving evidence upon this trial, has sworn to be true.
>
> While in my view this observation was *obiter*, it is difficult to reject its reasoning if the only ground for excluding an involuntary confession is the danger of its being untrue. If, on the other hand, the exclusion of an involuntary confession is based also on the maxim *nemo tenetur seipsum accusare* the truth or falsity of the confession does become logically irrelevant. It would indeed be a strange result if, it being the law that no accused is bound to incriminate himself and that he is to be protected from having to testify at an inquest, a preliminary hearing or a trial, he could none the less be forced by the police or others in authority to make a statement which could then be given in evidence against him. The result which would seem to follow if the exclusion is based on the maxim would be that the involuntary

confession even if verified by subsequently discovered evidence could not be referred to in any way.[104]

Chief Justice Cartwright, like Mr. Justice Martland for the majority, refused to overrule *R.* v. *St. Lawrence*, but, unlike the majority, he affirmed the trial judge's discretion to exclude legally admissible evidence in instances where its reception would be unfair to the accused or would bring the administration of justice into disrepute. He acknowledged that the basis for the discretion would vary with the facts of any particular case and that the scope of the discretion could thus not be defined with precision. On the facts before him, however, the Chief Justice ruled that the discretion was properly exercised on the basis that the police had procured the accused's confession by trickery, duress and improper inducements, and had wilfully denied counsel access to the accused while the interrogation was taking place.

Though there were other opinions delivered in *R.* v. *Wray*, the salient difference between the majority and the dissentients emerges from a comparison of the reasons given by Martland J. and Cartwright C.J.C. The crux of the matter is the divergence of views with respect to the scope of the trial judge's duty to ensure that the accused has a fair trial. The difference is this: the majority took the view that this duty only extends to the court process and the minority took the view that it included supervision of investigative procedures as well.

C. Rothman *v.* The Queen

In *Rothman* v. *The Queen* the accused was charged with possession of cannabis resin for the purpose of trafficking. The evidence disclosed sufficient grounds for conviction on a charge of simple possession, but proof of the higher charge depended upon the admission of an extra-judicial statement that was made by the accused to a police officer acting under cover. Following his arrest the accused was given a warning. Constable Gervais, the investigating officer, asked if he would give a statement. Rothman refused and was placed in a cell. At about one o'clock in the morning, the investigating officer put Constable McKnight in the accused's cell with instructions to obtain information from the accused. He was casually dressed and had a four- or five-day growth of beard. The accused told Constable McKnight that he looked "like a nark".

The constable later won the accused's confidence by telling him that he was a truck driver from Pembroke and that he was in jail for traffic violations. What happened next is summarized in the following statement of facts:

> Constable McKnight asked the Respondent why he was in jail and the Respondent stated that it was for possession of hashish. While in the cell, Constable McKnight sat beside the Respondent on the only bench. The Respondent then told Constable McKnight that he sold hashish for $25.00 for 3 grams, that the hash that he had been caught with had been "fronted" to him and that he would have to pay the people back $1,000 because he had been "busted". The Respondent stated that he would have made $1,800 on the drugs that he had. Constable McKnight asked if there were many drugs in the City and the Respondent replied that there were approximately 40 pounds. The Respondent also stated that he was arrested at his apartment along with his buddy who was in the next cell. During the conversation, Constable McKnight informed the Respondent that he was a truck driver from the Pembroke area and had been fishing so the Respondent would have the impression that he was not a nark and that he did not know much about drugs. Constable McKnight indicated that people in the Pembroke area were interested in drugs and that he would be interested in getting drugs; however, no deal was set up. The Respondent asked Constable McKnight when he would be getting out and he replied that a buddy would be coming down to pay the fine. The Respondent stated that he had to go to court the next morning because he was on parole respecting other charges. Constable McKnight was released from the cell at 1:07 a.m. and made his notes concerning the conversation shortly thereafter.[105]

The trial judge, having determined that Constable McKnight was a person in authority, excluded the statement on the ground that the "continuation of the intent to obtain a statement by this disguise"[106] cast doubt upon the manner in which the statement was elicited. This ruling was reversed by a majority in the Ontario Court of Appeal, Dubin J.A. dissenting. In the Supreme Court the accused's appeal was dismissed. Martland J. gave judgment for a majority of six, and Lamer J. delivered reasons concurring in the result; Estey J. dissented, Laskin C.J.C. concurring therein.

The basis of the accused's appeal lies in the dissenting opinion of Dubin J.A. in the Court of Appeal. In his view the rationale for the confessions rule included the reliability of an extra-judicial statement but also embraced other factors, especially protection of a suspect's right to remain silent:

> The rules respecting confessions and privilege against self-incrimination are related. I use that term in the sense of the right of a person under arrest to remain silent when questioned by law enforcement officers.[107]

Mr. Justice Dubin concluded that a trial judge has a discretion to exclude confessional statements because of the manner in which they were obtained.

To reach this conclusion in *Rothman*, Dubin J.A. undertook a rigorous re-examination of the rule in the *Ibrahim's Case*. He argued that Lord Sumner's celebrated statement of the rule was not exhaustive,[108] and found support for this view elsewhere in Lord Sumner's reasons:

> The English law is still unsettled, strange as it may seem, since the point is one that constantly occurs in criminal trials. Many judges, in their discretion, exclude such evidence, for they fear that nothing less than the exclusion of all such statements can prevent improper questioning of prisoners by removing the inducement to resort to it. This consideration does not arise in the present case. Others less tender to the prisoner or more mindful of the balance of decided authority, would admit such statements, nor would the Court of Criminal Appeal quash the conviction thereafter obtained, if no substantial miscarriage of justice had occurred. If, then, a learned judge, after anxious consideration of the authorities, decides in accordance with what is at any rate a "probable opinion" of the present law, if it is not actually the better opinion, it appears to their Lordships that his conduct is the very reverse of that "violation of the principles of natural justice" which has been said to be the ground for advising His Majesty's interference in a criminal matter. If, as appears on the line of authorities which the trial judge did not follow, the matter is one for the Judge's discretion, depending largely on his view of the impropriety of the questioner's conduct and the general circumstances of the case, their Lordships think, as will hereafter be seen, that in the circumstances of this case his discretion is not shewn to have been exercised improperly.[109]

Moreover, Dubin J.A. demonstrates by quotation that Lord Sumner himself did not regard the voluntariness rule as an immutable or exhaustive rule of law:

> The appellant's objection was rested on the two bare facts that the statement was preceded by and made in answer to a question, and that the question was put by a person in authority and the

> answer given by a man in his custody. This ground, in so far as it is a ground at all, is a modern one. With the growth of a police force of the modern type, the point has frequently arisen, whether, if a policeman questions a prisoner in his custody at all, the prisoner's answers are evidence against him apart altogether from fear of prejudice or hope of advantage inspired by a person in authority.
>
> It is to be observed that logically these objections all go to the weight and not to the admissibility of the evidence. What a person having knowledge about the matter in issue says of it is itself relevant to the issue as evidence against him. That he made the statement under circumstances of hope, fear, interest or otherwise strictly goes only to its weight. In an action of tort evidence of this kind could not be excluded when tendered against a tortfeasor, though a jury might well be told as prudent men to think little of it. Even the rule which excludes evidence of statements made by a prisoner, when they are induced by hope held out, or fear inspired, by a person in authority, is a rule of policy.[110]

On the basis of this passage and that quoted immediately above, Dubin J.A. concluded that in Lord Sumner's view "the admissibility of a confession made to a person in authority was a matter of judicial discretion and that the rule adopted by him was a rule of policy."[111]

Having characterized the voluntariness principle as a rule of policy, Mr. Justice Dubin said that the policy itself was not fixed:

> If the sole basis of the exclusion were the danger that the confession may be untrue, then it would follow that once the truth of the statement had been established its admissibility would be automatic. However, in my respectful opinion, even where the truth of the confession is established, it will nevertheless be excluded if it were shown to have been obtained by force. The reason for excluding such a statement therefore cannot be assigned to the danger that it may be untrue. It will be excluded only by reason of policy.[112]

Among other factors to be weighed, Mr. Justice Dubin placed great emphasis upon the privilege against self-incrimination, as that concept may be equated with the suspect's right to remain silent. He stated that this right is "a fundamental principle in the administration of justice",[113] and he adopted the view that confessional evidence may be excluded in the exercise of a residual discretion "to consider the broad question of public policy in the administration of criminal justice".[114] In sum, therefore, the learned

justice decided that the admissibility of confessions is governed by an inexhaustive rule of policy, which itself is reinforced by a broad supervisory discretion in the trial judge to ensure the fair administration of justice.

Mr. Justice Dubin's opinion in *Rothman* must be seen not only as a dissent from the views of the majority in that case, but as a dissent from the interpretation of the confessions rule that has been set and followed by successive majorities in the Supreme Court of Canada. Mr. Justice Martland's opinion in *Rothman* epitomizes the orthodox view in that court. As we have seen, this interpretation construes Lord Sumner's statement of the rule as a positive rule that is not qualified by such broad considerations of policy as might be suggested by a liberal reading of the entire speech in *Ibrahim*. The narrowness of this view allows a relatively simple application of the rule.

First, it is necessary to ascertain that the suspect made a statement to a person in authority. If he did not, the statement may be admitted without proof of voluntariness. A person in authority is one whom the accused, at the time he made the statement, could reasonably believe to be in a position to affect the course of a prosecution against him. Accordingly, Martland J. agreed with the majority in the Ontario Court of Appeal that the disguised officer in *Rothman* was not a person in authority and that the statement was admissible. He stated quite specifically that the privilege against self-incrimination was a testimonial privilege and quite irrelevant to the issue in the case at hand. Thus it could be argued that the *ratio* of the majority's decision is limited to the test that should be applied in identifying a person in authority: the rest is *obiter*. However, as the majority in the Court of Appeal had done so, Mr. Justice Martland also examined the admissibility of the statement on the assumption that McKnight was a person in authority. These *dicta* provide a succinct catechism on the traditional view of voluntariness and *Ibrahim* in the Supreme Court.

If a statement has been given to a person in authority, the only remaining requirement for admissibility is proof of voluntariness at a *voir dire*. The trial judge found, as facts, that Constable McKnight made no inducement to the accused and that the statement made to him was given without fear of prejudice or hope of advantage. In Mr. Justice Martland's view these findings were sufficient to settle the issue of admissibility. As proof of

voluntariness is made by the absence of promises, threats or other inducements that might raise an apprehension of fear or hope in the accused, the findings of the trial judge demonstrated that the Crown "had satisfied the requirements for the admission of the confession as stated in the *Ibrahim* case".[115] Admissibility could not be affected by factors outside this restrictive concept of voluntariness. Thus Mr. Justice Martland ruled that the trial Judge erred in excluding the confession on the basis that the ruse to obtain a statement by an officer in disguise cast doubt upon the manner in which the statement was elicited:

> It was not, in my opinion, a sufficient basis for the refusal of the trial judge to receive the confession in evidence solely because he disapproved of the method by which it was obtained. The issue in the case was as to whether the confession was voluntary.[116]

In support of this conclusion Martland J. noted the frequency with which Lord Sumner's statement of the rule in *Ibrahim* had been cited by judges of the Supreme Court as the governing authority.[117] While acknowledging that difficulties of application may arise in the circumstances of any particular case, he held that Canadian law has remained faithful to a strict construction of Lord Sumner's formulation of the positive rule.

Mr. Justice Martland nevertheless acknowledged that a number of judgments had been delivered towards the end of the last decade in which the Supreme Court apparently created an exception to the orthodox interpretation of voluntariness, an exception that would allow a finding of involuntariness, and inadmissibility, in certain circumstances where there was no inducement by a person in authority. These are circumstances in which the statement cannot be said to be the utterance of an operating mind.

In *Horvath* v. *The Queen*[118] the accused made three so-called "soliloquies" that were recorded on tape. These statements were made when the interrogating officers were not in the room. In the second and third statements the accused made incriminating admissions, and following the third he signed a written confession. The trial Judge accepted the opinion given by a psychiatrist that the accused was in a light hypnotic state throughout the second soliloquy. He excluded evidence of this statement and of the third statement because it too was tainted by the hypnosis that vitiated the second.

Horvath's appeal to the Supreme Court of Canada was successful, though the division of opinions makes it rather difficult to discern the *ratio* upon which the result of the majority was reached. The bench consisted of seven judges. The minority of three, for whom Martland J. was the spokesman, agreed with the British Columbia Court of Appeal that the state of hypnosis had dissipated before the written confession was given. Moreover, the minority was of the opinion that the confession was admissible because there was no evidence that it had been obtained by fear of prejudice or hope of advantage induced by a person in authority: it was, therefore, legally voluntary.

For the majority, Spence and Estey JJ. delivered one opinion, Beetz and Pratte JJ. another. For the former, Spence J. wrote that the trial judge was correct to exclude the statements on the basis that he retained a substantial doubt as to their voluntariness after an examination of all the circumstances. He emphasized that the interrogating officer was highly skilled and that the accused had been brought to a state of "complete emotional disintegration"[119] during the course of the interview. Spence J. was clearly prepared to revise and expand the Court's traditional interpretation of the voluntariness rule. With reference to *R.* v. *Fitton*, he stated that

> the judgment of this Court in *Fitton* must be limited so as not to rule admissible statements made by the accused when not induced by hope of advantage or fear of prejudice but which are certainly not voluntary in the ordinary English sense of the word because they were induced by other circumstances such as existed in the present case.[120]

On this point, Beetz J., writing for himself and Pratte J., concurred. They were of the view that the rule in *Ibrahim* was judge-made and therefore, by definition, not exhaustive. They argued that the criterion of admissibility is the positive principle of voluntariness, and thus a finding of inadmissibility could be based on grounds other than evidence of promises or threats, hope or fear: the rule could be extended to cover any form of coercion in the circumstances of the case.

Following his review of *Horvath*, Mr. Justice Martland turned to *Ward* v. *The Queen*,[121] in which the Supreme Court was asked to rule on the admissibility of a confession given following a car accident. The accused was charged with criminal negligence in the operation of a motor vehicle. Only one car was involved in the

accident. The accused and his companion were discovered on the ground beside the wrecked vehicle. The accused told the person who came to his aid that he had been the driver of the car. When questioned by police officers some thirty minutes after the accident, and again at the hospital several hours later, he denied that he was the driver. He testified at the *voir dire* that he had no recollection of the events in question. The physician who attended him at the hospital stated that the accused was unable to explain what happened.

In delivering the unanimous judgment of the Supreme Court, Spence J. interpreted the voluntariness test as follows:

> In my view, there is a further investigation of whether the statements were freely and voluntarily made even if no hope of advantage or fear of prejudice could be found in consideration of the mental condition of the accused at the time he made the statements to determine whether or not the statements represented the operating mind of the accused.[122]

Accordingly, Mr. Justice Spence ruled that the exclusion of the statements given by Ward to the police was justified by a reasonable doubt that they were not the "utterances of an operating mind."[123]

Mr. Justice Martland concluded his review of *Horvath* and *Ward* thus:

> I have reviewed the authorities in this Court with a view to showing that, in determining the admissibility of a confession to a person in authority, the Court is not immediately concerned with the truth or reliability of the statement made by the accused, but with the question as to whether the statement he has made was free and voluntary, within the stated rules and whether the confession was the utterance of an operating mind.[124]

This conclusion summarizes the position of the majority in the Supreme Court in *Rothman*. In this position, however, there apparently remains some ambiguity as to the effect of *Horvath* and *Ward*. It is not clear whether the issue of capacity is construed by Mr. Justice Martland as a caveat to the traditional interpretation of voluntariness or whether it is a factor that affects the burden of proof.[125]

Mr. Justice Martland's opinion in *Rothman* concludes with a discussion of the Supreme Court's decision in *Alward & Mooney*,[126] and in it he seeks to rebut the proposition that the Court adopted a new rule on confessions in that case. The statement at issue there was given after one police officer falsely said to another, in the presence of the accused, that the victim of the attack with which they were charged, had regained consciousness and would be able to identify his attackers. The Supreme Court affirmed the admissibility of the statement, and in no way suggested that it could have been excluded solely because it was procured by a deception. In reaching its result, the Court adopted a statement made by Limerick J.A. in the court below, and therein lies the ambiguity of the judgment:

> The true test, therefore, is did the evidence adduced by the Crown establish that nothing, said or done by any person in authority, could have induced the accused to make a statement which was or might be untrue because thereof. The Crown met that test.[127]

It has indeed been argued that this statement substitutes the reliability rationale for voluntariness as the rule governing the admissibility of confessions. Martland J. denied that any such revision of the traditional rule could have been accomplished by an incidental quotation from the judgment of the lower Court. In this he is undoubtedly correct. He argued that the judgment in *Alward & Mooney* is perfectly consistent with the traditional interpretation of the *Ibrahim* rule as established by the Supreme Court in *Boudreau*,[128] *Fitton*[129] and other cases. According to this view, therefore, what is significant about *Alward & Mooney* is not only that it condones trickery and deception, but that it reflects in plain language the close association between the reliability rationale and the strict interpretation of *Ibrahim*. Admittedly, that association is made indirectly, but to date it remains the only rationale positively adopted by a majority of the Supreme Court. Paradoxically, the opinion of the Court in *Alward & Mooney* was written by Spence J., who evidently held rather different views when writing in *Horvath* and *Ward*.

With the exceptions of *Horvath* and *Ward*, the majority jurisprudence on confessions in the Supreme Court is generally consistent, but it is far from unanimous. Indeed, as Mr. Justice Martland's opinion in *Rothman* epitomizes the traditional view, the dissenting opinion delivered by Estey J. reveals a deep division in

the Supreme Court with respect to the fundamental purposes of the exclusionary rule in the admissibility of confessional evidence. Prompted perhaps by the rigour of Dubin J.A.'s dissent in the Court below, that opinion also represents the strongest plea to date for a reconsideration of the confessions rule according to first principles. It is the culmination of such initiatives undertaken through the last decade by various members of the Court, beginning with the dissents in *R.* v. *Wray*, and it too deserves extensive review.

It should be noted at the beginning that Mr. Justice Estey confined his reasons to the facts in *Rothman*. He states explicitly that his opinion does not apply to cases in which evidence is obtained by means other than questioning, and that it only covers instances in which an accused has told a person in authority that he does not wish to make a statement. In these circumstances, "voluntariness" must be given a more expansive interpretation than it would receive under the majority's analysis of Lord Sumner's statement of the rule in *Ibrahim*:

> To be voluntary a statement must be volunteered by the speaker in the sense that the statement must be the product of a conscious *volens* on the part of the speaker. The *volens* must relate not only to the mechanics of speaking, that is the articulation of the ideas of the speaker. Where the speaker has, as here, already refused to give a statement to the authorities, the test of voluntariness must include an appreciation of the circumstances in which the statement is made, including an awareness that his statement is being 'volunteered' to a person in authority. To apply the rule otherwise in the circumstances we have here would not merely permit but would encourage the deliberate circumvention by the authority of the accused's announced exercise of his right not to give a statement to the authorities.[130]

Two questions arise immediately from a reading of this passage. What Canadian authorities support this view of voluntariness? What rationale supports Mr. Justice Estey's view of the rule?

With respect to the first question, Estey J. states that the two majority opinions in *Horvath* and the Court's decision in *Ward* conclusively establish one proposition: Lord Sumner's statement of the rule is not limitative. Looking even further back in the jurisprudence of the Supreme Court, he cites the language of Rand J. in *R.* v. *Fitton* to the effect that "voluntariness" must be understood broadly as a capacity for intelligent volition:

> Even the word "voluntary" is open to question; in what case can it be said that the statement is not voluntary in the sense that is the expression of a choice, that it is willed to be made? But it is the character of the influence of idea or feeling behind that act of willing and its source which the rule seizes upon.[131]

Mr. Justice Estey states that this more general interpretation of voluntariness was expressly adopted by the Supreme Court in *Ward* in the following language:

> [T]here is a further investigation of whether the statements were freely and voluntarily made even if no hope of advantage or fear of prejudice could be found in consideration of the mental condition of the accused at the time he made the statements to determine whether or not the statements represented the operating mind of the accused.[132]

According to this analysis, wilful deception and the subversion by persons in authority of an accused's declared choice to remain silent will vitiate the voluntariness of any statement procured as a result. Thus it might be argued that the sole point of division between the majority and the minority in *Rothman* is that the latter would adopt an objective test of "a person in authority" in instances where the accused had refused to make a statement.

But, just as his interpretation of voluntariness is broader than that of the majority, Mr. Justice Estey's view of the rationale for the rule extends beyond evidentiary reliability:

> The rules of evidence in criminal law, and indeed in civil law, are all concerned with relevancy, reliability and fairness as well as other considerations such as the reasonable economy and efficiency of trial. The rules with reference to confessions have an additional element, namely the concern of the public for the integrity of the system of the administration of justice. If the reliability of an accused's statements were the only consideration in determining their admissibility the courts would not have adopted distinctive principles applicable only to statements to persons in authority and not to statements against interest generally. Reliability cannot be the ticket for admission because statements may have enough of the appearance of reliability to ensure reference to the trier of fact but still have been excluded by the confession standard.[133]

Chief among other reasons that may militate in favour of exclusion, Mr. Justice Estey suggests the possibility that the manner in which

a statement was obtained offends the right to remain silent and thus the integrity of the judicial system. The association of these two principles is developed clearly in the following passage, which begins with a quotation from the opinion delivered by Beetz J. in *Horvath*:

> Apart from the untrustworthiness of confessions extorted by threats or promises, other policy reasons have also been advanced to explain the rejection of confessions improperly obtained. But the basic reason is the accused's absolute right to remain silent either completely or partially and not to incriminate himself unless he wants to. This is why it is important that the accused understand what is at stake in the procedure.
>
> This additional consideration connotes a recognition by the courts since the earliest times of the desirability and indeed the necessity of adopting a system of principles in the administration of justice which will be accepted by and command the support of the community. Thus it can be said that confessions are not admissible where to admit them would bring the administration of justice into disrepute, or, to put it another way, would prejudice the public interest in the integrity of the judicial process.[134]

By this view, the exclusionary rule is a specific manifestation of what might be called the supervisory functions of a Court. Mr. Justice Estey finds this self-evident in the very terms of the rule:

> The [voluntariness rule] itself, of course, requires (and this is an absolute requisite) that the statement in fact be made to a person in authority; and if this qualification is not met, then it matters not whether the person is known to the accused to be one in authority. This is because the principle adopted for the protection of the integrity of the administration of justice is founded upon the realization that persons in authority, instrumentalities of the State, must observe certain basic rules. This is so for the practical reason that their very authority might, by promise or threat, express or implied, produce a statement whether or not the accused was truly willing to speak, and on occasion might bring about statements which are in whole or in part untrue. It is also necessary to adopt these basic rules for the higher reason that ethical precepts are a vital ingredient in a system of justice if it is to command the respect and support of the community it serves, particularly in a judicial structure which embraces the concept of the jury.[135]

As for the provenance of the voluntariness rule, Mr. Justice Estey considers that the issue is largely moot if the rule emanates "from

a desire on the part of the courts and the community to adopt policies which will ensure a fair, impartial and reputable administration of justice".[136] Testimonial reliability, truthfulness and concern for the right to remain silent are therefore ancillary or corollary considerations subsumed within this overriding rationale.

Due to the particular circumstances of the *Rothman* case, Estey J. nevertheless undertook an examination of the right to remain silent and its relation to the privilege against self-incrimination. The privilege, when invoked by an accused, signifies the right not to testify and thus to remain silent at trial.

> The right in the accused, in my view, to elect not to testify in the trial of a charge laid against him is one of the fundamental elements of our criminal jurisprudence ranking with the presumption of innocence and the onus on the Crown to establish guilt beyond a reasonable doubt according to law. His right to silence arises not because he is a witness but because he is an accused.[137]

Between this testimonial privilege and the accused's right to remain silent Mr. Justice Estey found a margin of overlap:

> It surely follows that if our law continues to recognize the right of an accused not to enter the witness box under compulsion, his indirect testimony in the form of out-of-court statements to a person in authority should not be admissible on a basis which, following his invocation of the right to silence, undermines or defeats the right not to testify.[138]

On this basis Mr. Justice Estey concludes that protection for the due administration of justice is the one rationale that will justify the exclusion of confessional statements in any circumstance. This discretion, however, is qualified by requirements that a causal relation be found between the impugned conduct and the statement at issue, and that the conduct be so shocking that exclusion is absolutely required to protect the integrity of the system of criminal justice. Considerations that bear upon the truthfulness of a statement or on the accused's right to remain silent are but factors to be assessed by the trial Judge in ensuring that the accused has a fair trial.

As noted above, Mr. Justice Lamer delivered a third opinion in *Rothman*. He concurred in the result reached by the majority, but it appears that he could not find support for his reasons among

other members of the Court. In a long and difficult opinion he attempted to reconcile the views espoused by the majority and the dissentients. In the process he proposed a fundamental reformulation of the confessions rule in these terms:

1. A statement made by the accused to a person in authority is inadmissible if tendered by the prosecution in a criminal proceeding unless the judge is satisfied beyond a reasonable doubt that nothing said or done by any person in authority could have induced the accused to make a statement which was or might be untrue.

2. A statement made by the accused to a person in authority and tendered by the prosecution in a criminal proceeding against him, though elicited under circumstances which would not render it inadmissible, shall nevertheless be excluded if its use in the proceedings would, as a result of what was said or done by any person in authority in eliciting the statement, bring the administration of justice into disrepute.[139]

The first of these propositions is grounded upon the view that in *Alward & Mooney* the Supreme Court replaced the traditional voluntariness rule with a test of reliability. The second plainly embraces the notion that a trial judge should have a residual discretion to exclude extra-judicial statements on the basis that the manner in which they were obtained requires their exclusion on grounds of public policy. This discretion, however, is qualified by requirement that a causal relation be found between the impugned conduct and the statement at issue, and that the conduct be so shocking that exclusion is necessary to protect the integrity of the system of criminal justice. This combination of propositions bears substantial similarity to recommendations made by the Law Reform Commission of Canada in its Report on Evidence.[140]

With reliance upon the reasons given for the Court by Dickson J. in *Marcoux & Solomon*,[141] Mr. Justice Lamer appears to disagree with the opinion, advanced in the Court below by Dubin J.A., that the right to remain silent and the privilege against self-incrimination are linked. As the privilege is perceived as a testimonial prerogative of a witness or an accused, it does not apply to non-testimonial statements. Quite certainly, the privilege did not signify, in Mr. Justice Lamer's view, an automatic rule of exclusion that serves to discipline the conduct of public authority. On the particular facts of *Rothman*, however, in which the accused expressly refused to make any statement, Mr. Justice Lamer was seemingly prepared to

acknowledge that the confessions rule in general was broad enough to accommodate aspects of a non-testimonial privilege:

> But I should like to add here, that I agree with Dubin J.A. that the rule is related to the privilege against self-incrimination for it is, in my opinion, predicated in part on the right an accused person enjoys not to be compelled to testify; but in part only, for the rule is also the result of a desire on the part of the judges to protect the system's respectability and, as a result, its very acceptance by its constituency.[142]

In this last, of course, Lamer J. discloses an affinity with the dissenting reasons of Estey J.

Mr. Justice Lamer's opinion is noteworthy for its attempt to reconcile two opposing views of the policy that supports the confessions rule. Moreover, he attempts to do so by the articulation of specific criteria. The first aspect of the rule proposed by him, which he says would be conclusive of most arguments on admissibility, shares the view that the confessions rule is a device by which to purge proffered evidence of risks that may compromise its suitability for adjudication by the trier of fact. Accordingly, the ambit of the rule would remain rather narrow. By contrast, of course, the second aspect of the rule would affirm a residual discretion to investigate the manner in which a confession was obtained and, where warranted, to discipline official misconduct by the exclusion of its fruits from the trial. In Mr. Justice Lamer's view this two-step test would provide a means to ensure that a criminal trial is a forum for the delivery of justice and not just a search for the truth.

III. Conclusion

Though *Rothman* is but one among scores of cases on the admissibility of confessional statements, it illustrates well the range of views on the topic in the Supreme Court of Canada. Even within the three opinions delivered in this case it is plain that some judges hold radically different interpretations of previous decisions

delivered by the Court, most notably in *Horvath* and *Ward*. The appearance of inconsistency in the Court's jurisprudence may to some extent be explained by a strict view of *stare decisis*. In many instances members of the Court have stated explicitly that their opinions must be restricted to the particular facts before them. However, a student of the Court's rulings can find in this only a rationalization, rather than an explanation; the doctrine of precedent cannot explain the wide divergence of opinions as to the scope and function of the confessions rule.

Indeed, one who studies the case-law of the Supreme Court since 1971 is obliged to conclude that the rule in *Ibrahim* has become more a riddle of words than a rule of principle. The differences between the majority and the dissentients in *Rothman*, though they may lie chiefly in *obiter dicta*, are not radically unlike those in *R.* v. *Wray*. In both cases the majority ruled that the admissibility of confessional statements is governed by technically-defined criteria; if those criteria are met, and the statement is relevant, the statement is admissible, subject only to the assessment of weight by the trier of fact. The issue of fairness arises only to the extent that statements prejudicial to the accused may be excluded from the trier of fact if their probative value is trifling. The minority in both cases adopted the view that the confessions rule is primarily a rule of policy and that its application must be circumscribed by principles of fairness that protect the integrity of the trial process and ensure the probity of the investigative conduct of persons in authority.

The divergence of philosophical opinion that is evident in *Wray* and *Rothman* forces difficult choices in policy with respect to the administration of criminal justice in Canada. When such choices have been made in the past the results have not always been consistent. For example, with the introduction of Bill S-33 the Government has proposed a codification of the general principles of admissibility set forth by Martland J. in *Wray*. By contrast, subsection 24(2) of the Charter allows for the vindication of constitutional rights by the exclusion of evidence obtained in violation thereof, and this in large measure is predicated upon the perception of the exclusionary power as a mechanism for controlling official misconduct. Other instances where the power to exclude evidence is available to supervise police activity can be found in the provisions of the *Criminal Code* that govern the admissibility of wiretap evidence[43] and in the provisions of the

Young Offenders Act on the admissibility of evidence obtained in violation of the procedural rules set down in that Act.[144] Nevertheless, it remains true that the exclusionary rules provided in the Constitution and in miscellaneous statutes are exceptions to the general rule in Canadian law that illegally or improperly obtained evidence is admissible.

PART TWO

Recommendations for reform

1. Introductory recommendation

RECOMMENDATION

1. As proposed in Recommendations 2 through 14 inclusive, the Commission advocates the enactment of statutory rules to govern the questioning of suspects.

This recommendation enunciates the Commission's policy with respect to the law on the interrogation of suspects, and all subsequent recommendations flow from it.

The Commission takes the view that the law on extra-judicial statements consists of a procedural and an evidentiary dimension. The former comprises the manner in which statements are obtained and the latter describes the use to which statements may be put in a judicial proceeding. The two intersect on the issue of admissibility. The voluntariness rule descending from *Ibrahim* v. *The King*,[145] being a rule of evidence for the admissibility of a species of hearsay, seeks only to distinguish what is acceptable or unacceptable as proof in the determination of guilt or innocence. As interpreted by the Supreme Court of Canada, it affords no general mandate for judicial supervision of the manner in which law-enforcement agencies obtain extra-judicial statements, except to the extent that the rule demands proof that the statement was not procured through hope of advantage or fear of prejudice induced by a person in authority. The Commission, however, believes that prescribed rules are required for supervision of the procedure for taking statements.

As for the form of such regulation, the Commission believes that rules for the questioning of suspects must have the force of law, and accordingly it recommends that such rules be statutory. Statutory authority can, of course, derive either from ordinary legislation or from subordinate legislation. As yet the Commission has no strong view as to the particular legislative text in which procedural rules ought to be included, but it is convinced that only ordinary legislation can satisfy the public interest in having clear and stable standards for the interrogation of suspects.[146] Neither administrative guidelines nor internal police manuals have the force of law and they can vary from jurisdiction to jurisdiction. Subordinate legislation, though it carries the weight of statutory authority, is practically an instrument of executive power, and thus lacks the prominence or the fixity of ordinary legislation. The Commission believes that striking a balance between the interest of the state in the protection of individual freedoms and in the conviction of criminal offenders is a sufficiently delicate and controversial business that primary responsibility for any rules governing the interrogation of suspects should lie with the highest rule-making body in our system of government. The construction of such rules and their modification should be open to the fullest public and political debate.

The police often do not know whether a statement they gather will be used as evidence in a prosecution, but the probability that it will rises in proportion to the grounds for belief that the statement's maker has committed a criminal offence. When a person is under arrest or detention, or when process has been commenced against him, there is obviously a substantial basis for suspecting him of that offence. This person is already an "accused" at law.[147] Accordingly, the peace officer who questions him is not seeking mere information. He seeks information related to his suspicion that the accused has committed an offence. He seeks evidence, and for practical purposes he is taking "indirect testimony".[148] As evidence for the persuasion of the trier of fact, this "testimony" may have a determining effect on the result of a contested prosecution. It may also determine the issue before any appearance in court if on the basis of his statement the accused elects to plead guilty.

At present, the law accords to the suspect none of the protection granted to the accused in court. An interrogation is not a public proceeding, especially when conducted in the absence of

counsel, and the record of such questioning would not bear comparison with a transcript. Moreover, there is no presumption of innocence at the interrogation of a suspect: there are at least reasonable grounds for believing that he is guilty of an offence. In fact, then, if not in law, an interrogation is an inquisition in which agents of the state seek the disclosure of evidence. Such a procedure is not inherently objectionable. If a suspect wants to give a statement or to answer questions, and knows the consequences that may flow from doing so, interrogation can only assist the administration of criminal justice.

In a courtroom the law places a premium upon the enlightened choice of the accused to make a statement. This is evident in section 469 of the *Criminal Code*[149] and in the various protections available at trial, including the absolute right to remain silent. No less than the accused in court, however, the suspect, the person detained in custody, or the person against whom process has issued, deserves the protection of the law. For these people, the legislative imposition of rules and procedures will afford the protection of publicity because Parliament will have declared standards expected of the police when questioning suspects. It will provide accountability because the state will risk the loss of its evidence if it fails to meet the standards prescribed. Moreover, the protections accruing from legislative intervention will avail both to suspects and to the Crown because compliance with fixed procedures will assure the courts and the public that the investigation and prosecution of crime are being conducted according to generally acceptable standards.

The foregoing reasons for legislative regulation of police interrogation are largely analytical rather than empirical. The Commission has not undertaken field-work to determine variations in investigative practices among different police forces, but it assumes that individual police officers will treat suspects with the appropriate measure of respect. Even without extensive empirical research, however, the Commission believes that there is more than enough justification for the view that the evidentiary standard of admissibility fails to provide the kind of guidance needed in the conduct of questioning by police officers.[150] This proposition is not, ultimately, capable of proof; nor, of course, is the converse. Indeed, the necessity for control of police-interrogation practices has always divided the legal community and public opinion at large, and it would be sheer fancy to think that general agreement

could be reached on the issue. For its part, however, the Commission has no hesitation in tendering recommendations for legislative regulation of police interrogation. In its opinion, voluminous case-law, the Ouimet Report[151], the Morand Report[152] and the McDonald Report,[153] to say nothing of the report and studies prepared for the Royal Commission on Criminal Procedure in the United Kingdom,[154] demonstrate the need for procedural control of police questioning.

Clauses 63 through 72 of Bill S-33, however, can be fairly described as a consolidation, if not a codification, of common-law rules that govern the admission of extra-judicial confessions tendered by the prosecution in penal cases. Among these provisions are specific initiatives that deviate from established precedent, including a shift in the Crown's burden from proof beyond reasonable doubt to satisfaction of the court on the balance of probabilities, the reversal of *DeClercq* v. *The Queen*,[155] and some modification of the rule in *R.* v. *St. Lawrence*.[156] The Commission, while it is in general agreement with the Bill's provisions on confessions, advocates some emendation of them; these proposals are set out below in Recommendations 13 and 14.

In wrestling with the rationale of the rule, a matter on which reams have been written, the Task Force on Uniform Rules of Evidence had this to say:

> There is ... the clear common law principle that the Crown must establish its case without the assistance of the accused, and the Task Force is of the opinion that it is this principle that is the primary rationale of the Confessions Rule today.[157]

The Commission accepts this statement. The rationale, of course, is the idea to which the rule gives shape and force.

The prosecution cannot compel the assistance of the accused in proving its case; nor, of course, can the police compel the assistance of a suspect or an accused in their investigations, except upon positive authority. If a suspect wishes to provide such assistance, he is free to do so, just as the authorities are free to ask for it. The Commission believes that no suspect should be asked to make discovery against himself without being warned of the consequences that may follow. That this should be so is, in our opinion, imperative, if not self-evident, where a suspect in custody

makes a statement to a police officer. There must be reasonable and probable grounds for a police officer to take a person into custody, and a person in custody is an accused, even if only in the constructive sense intended by section 448 of the *Criminal Code*.[158] In principle, however, there is no real distinction between the predicament of a suspect who is an accused at law and one who is not, as there will often be reasonable grounds for suspicion without a corresponding arrest or the issuance of process.

A police officer is the agent of the state and of the community who bears primary responsibility for investigating offences, apprehending suspects and seeing to the prosecution of persons accused of crime. As noted by the Task Force, the police officer is also an agent of the Crown. When he seeks to question a suspect, an adversarial process has commenced. Giving answers is making discovery. In the Commission's view the procedure for police questioning should be formally regulated by rules to ensure, first, that the accused gave his answers freely with an enlightened understanding of the consequences that might follow and, second, that an accurate record of the discovery is made.

There have, of course, been previous calls for rules to govern police-interrogation practices. In its review of the recommendations proposed by the Task Force on Uniform Rules of Evidence, the Uniform Law Conference called for a study of this question:

> Approved. Motion. Resolved that a study be made of legal rules to govern the conduct of the police in the taking of statements, with the intention that such rules would be appended to the Uniform Evidence Act [now Bill S-33].[159]

It should be obvious that the Commission agrees in principle with this resolution. Whether such rules should be appended to the Bill S-33 is not an issue on which we have a settled opinion, but we hope that the rules proposed in this Working Paper will provide a sound basis on which to develop legal rules such as those contemplated in the resolution approved by the Uniform Law Conference.

As envisaged by the Commission, the law on extra-judicial confessions would consist of general rules governing statements made to persons in authority and specific rules governing the interrogation of suspects by police officers. The former would

subsume the latter. Police officers are, of course, persons in authority; thus, where the specific rules are not applicable, statements made to these persons would remain subject to the general rules, as in instances of non-custodial questioning of a person who is not a suspect. The Commission proposes that the provisions on confessions in Bill S-33 provide the general regime, and that the specific regime consist of the rules made in the recommendations below. The former would be primarily a mechanism for testing evidentiary reliability, while the latter would be a procedural code regulating the questioning of suspects; they would meet on the question of admissibility.

II. Rules governing the questioning of suspects

Division I — Preliminary provisions

A. *Application*

RECOMMENDATION

2.(1) A police officer who has reasonable grounds to believe that a person is implicated in the commission of a criminal offence shall not question that person with respect to that offence or any other offence except in conformity with these rules.

(2) Notwithstanding the generality of the foregoing paragraph, these rules shall apply with respect to questioning of any person under arrest or detention; they shall also apply with respect to any person who is an accused within the meaning of section 448 of the *Criminal Code*, or against whom an information has been laid or an indictment preferred.

The general principle set out in paragraph 1 of this recommendation is that the scheme of rules proposed by the Commission should operate whenever a police officer seeks to question a person whom he has reasonable grounds to believe is implicated in the commission of a criminal offence. The touchstone of the scheme, therefore, is the quantum of suspicion. Paragraph 2 enumerates instances in which the requisite quantum can be assessed by objective standards.

The concept of "reasonable grounds" is well known in Anglo-Canadian law. As a criterion for the exercise of official authority in instances where prior authorization is not required, as in an arrest without warrant, its chief disadvantage is that it forces the judiciary to a retrospective assessment of a judgment made by a peace officer in infinitely varying circumstances. Though it lacks this element of prescriptive certainty, a criterion of reasonable grounds for the invocation of the scheme proposed by the Commission is markedly more exact, and therefore conducive to consistent observation by the police and interpretation by the courts, than the retrospective assessment of voluntariness that takes place upon a *voir dire* at common law.

The Commission has adopted a test of reasonable grounds on the premise that, if it be accepted that the Crown cannot compel the assistance of the accused in the preparation of its case and must be able to prove guilt beyond reasonable doubt without that assistance, a suspect should be informed of the legal jeopardy in which he finds himself, and of his right to remain silent, as soon as the investigating officer has a substantial basis for suspecting him of involvement in the commission of an offence. Where such grounds exist, questions put to a suspect in the furtherance of an investigation anticipate answers that may prove crucial to the resolution of a subsequent prosecution. It would be anomalous indeed if the scheme proposed here were to operate only where a suspect had been arrested or detained, or had been named in an information sworn against him or an indictment preferred against him. If, for convenience alone, we refer compendiously to the states described in paragraph 2 as "custody", it should be obvious that these states reflect only some formal action taken upon reasonable grounds for belief. It certainly does not follow that reasonable grounds cannot exist independently of such formal action as is reflected in arrest, detention or the issuance of process. The suspect's right to remain silent acquires its significance wherever there is a substantial quantum of suspicion against him, and for this reason the Commission proposed that the present scheme should operate whenever that quantum exists.

The second paragraph of this recommendation is predicated upon the language of section 10 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and it denotes compulsory restraint of the citizen. The latter part of this paragraph creates a category of constructive custody to include persons who may not be under physical arrest

or detention at the time of questioning and, indeed, persons who may not have been arrested or detained at some previous time. By definition, both actual and constructive custody are predicated upon the existence of reasonable grounds, and thus to the commencement of adversarial or accusatorial procedures.

As defined in Recommendation 2(2), custody lends itself readily to objective identification, and, as should be apparent from the language of the proposal, the recommendation is consistent with section 10 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The definition of constructive custody simply deems accused persons to be beneficiaries of these rules.

The Commission is quite aware that "arrest and detention" is an ambiguous phrase in Canadian jurisprudence, especially the concept of detention. For the moment, however, and without prejudice to our work on arrest, we take the view that the wisest policy in describing physical custody is to adopt the language of the Charter and await elucidation of its terms in the courts. The chief question, of course, is whether there is some form of detention short of arrest that would give rise to the obligation imposed by section 10.

According to the Supreme Court of Canada in *R.* v. *Whitfield*,[160] arrest denotes a deprivation of the citizen's liberty, but it does not necessarily involve actual physical restraint. In *Chromiak* v. *The Queen*,[161] the Court decided that detention signifies compulsory restraint, and generally physical restraint, but that it does not necessarily include arrest. If these propositions are correct, it would seem that detention can only denote compulsory restraint after arrest. Detention short of arrest is therefore a juridical non-entity. Moreover, if the foregoing represents a true syllogism, it follows as a corollary that custody[162] and detention are identical. But is it a true syllogism?

At least one thing is clear from *Whitfield* and *Chromiak*: arrest is the larger and inclusive category because detention does not necessarily embrace arrest. Indeed these cases explicitly hold that it cannot. One might infer that a deprivation of liberty is the same as compulsory restraint and that, therefore, arrest subsumes detention. On the main issue, however, one is left with the conclusion that, barring statutory exceptions, arrest precedes detention or that detention commences with arrest. In the result, the law does not enforce the rights of a suspect before his arrest.

This analysis poses problems, not the least of which are that it defies common sense, practical experience and the plain meaning of words. Police officers routinely stop citizens for investigative purposes without giving them a warning of their rights. This is commonly the case where citizens are stopped for questioning or for roadside checks of one sort or another.[163] In many instances the police do not have reasonable and probable grounds to suspect such persons of a criminal offence. To say that these persons have not been detained is simply a fiction.[164] Even in the absence of positive authority, it may be said that the law recognizes a power of detention before arrest if only because it provides no censure against the practice. The question of policy that arises here is whether the law's definition of detention should embrace all instances of detention in fact. This issue is obviously of immense practical importance to the police.

If detention is construed so as to include any kind of stop short of arrest, the obligations of the police under section 10 of the Charter and under the rules proposed here would arise early in any encounter with a citizen. This would be especially the case if the courts determine that a peace officer can lawfully detain a citizen without reasonable and probable grounds. Yet the imposition of a constitutional or statutory duty to warn in those circumstances would result in a legal and social absurdity: it would transform virtually every encounter between the citizen and the police into an adversarial or hostile relationship. This is undesirable in law and mistaken in fact. Such requirements upon the police would lead to subversion of relations between them and the public by providing for procedural protections that in many instances would be grossly disproportionate to the nature and cause of the detention.

At least with respect to custody as defined in Recommendation 2(2), the Commission supports an interpretation of detention that, barring statutory exceptions that sanction a power to stop, would view it as a state of compulsory restraint following arrest. We believe the case-law supports this interpretation. We wish only to allude to the definitional problem concerning detention because we feel that a Working Paper on the questioning of suspects is not the appropriate place in which to make substantive recommendations with respect to this matter. These terms will be analyzed in the courts, and further analysis will be undertaken by those in the Commission who are studying the law of arrest. In some respects, however, these remarks on arrest and detention mark a digression

because the central proposition advanced by the Commission in Recommendation 2 is clear: our scheme of rules would come into effect whenever a police officer has reasonable grounds to believe that a person is implicated in the commission of a criminal offence.

RECOMMENDATION

3. Except where there is any inconsistency between these rules and the provisions of the *Young Offenders Act*, these rules shall also apply to questioning by a peace officer of a suspect who is a young person.

Section 56 of the *Young Offenders Act*,[165] which has not yet been proclaimed in force, enacts rules to govern the admissibility of extra-judicial statements by young persons accused of crime. Subsection 56(1) provides:

> Subject to this section, the law relating to the admissibility of statements, made by persons accused of committing offences applies in respect of young persons.

Accordingly, if the rules proposed in this Working Paper should form the basis of legislative action for the regulation of the interrogation of suspects, and if Bill S-33 should become law, both would be incorporated by reference into the *Young Offenders Act*, and both would govern the admission of confessions by young persons. There is, in the Commission's view, no incompatibility between the rules proposed here and the provisions of section 56 in the *Young Offenders Act*. That section does, however, impose additional obligations upon the authorities who seek to question young persons. We believe that the greatest impact of our rules on these practices would concern the procedures set out in Recommendations 8 through 12.[166]

RECOMMENDATION

4. These rules shall not apply to statements that of themselves constitute the gravamen of an offence.

Although the issue has not been decided by the Supreme Court of Canada, lower courts have taken the position that a *voir dire* is not necessary where the statement in issue constitutes the gravamen of the offence charged. As expressed by Mr. Justice Martin of the Ontario Court of Appeal in *Stapleton* v. *The Queen*,

the rationale for this exception is that the voluntariness rule seeks only to regulate the admissibility of extra-judicial confessions that were made by the accused after the commission of an offence and tendered by the prosecution in proof of the charge.[167] The Commission agrees with this position.

B. *Interpretation*

RECOMMENDATION

5. The following definitions shall apply in the interpretation of these rules:

"suspect"	**means a person in respect of whom these rules apply according to Recommendations 2 and 3;**
"questioning"	**includes any utterance or gesture that is calculated to elicit, or is reasonably likely to elicit, a statement from a person with respect to the investigation of a criminal offence;**
"police officer"	**includes constables, persons appointed as peace officers under the *Customs Act*, the *Excise Act*, the *Fisheries Act* and the *National Defence Act*, or any agent thereof.**

"suspect"

See commentary under Recommendation 2.

"questioning"

This definition is restricted to utterances and gestures that are substantively linked to the investigation of any criminal offence.

Statements lie somewhere on a continuum between those that are unsought, truly spontaneous utterances and those that provide specific answers to questions posed. But what of the statement that is given by an accused when he is handed a transcript of things said by a witness or an accomplice, or the statement of an alleged robber when presented with photographs taken in the bank, or the statement given when the accused is confronted with his alleged

victim? Instances of express questioning by peace officers for the purpose of eliciting information or evidence about an offence are clear and present no definitional difficulty. Less clear, and indeed quite problematic, is the extent to which a definition of questioning should embrace "functional equivalents" to direct interrogation. This issue has arisen in the United States with respect to the application of the warnings required by the decision of the Supreme Court in *Miranda* v. *Arizona*.[168] The leading authority on this question is *Rhode Island* v. *Innis*, in which the Court adopted an expansive definition of interrogation:

> We conclude that the Miranda safeguards come into play whenever a person in custody is subjected to either express questioning or its functional equivalent. That is to say, the term "interrogation" under Miranda refers not only to express questioning, but also to any words or actions on the part of the police (other than those normally attendant to arrest and custody) that the police should know are reasonably likely to elicit an incriminating response from the suspect. The latter portion of this definition focuses primarily upon the perceptions of the suspect, rather than the intent of the police. This focus reflects the fact that the Miranda safeguards were designed to vest a suspect in custody with an added measure of protection against coercive police practices, without regard to objective proof of the underlying intent of the police. A practice that the police should know is reasonably likely to evoke an incriminating response from a suspect thus amounts to interrogation. But, since the police surely cannot be held accountable for the unforeseeable results of their words or actions, the definition of interrogation can extend only to words or actions on the part of police officers that they *should have known* were reasonably likely to elicit an incriminating response.[169]

The Commission agrees with this view of questioning. We have no hestitation in extending the definition of "questioning" to embrace gestures that are reasonably likely to provoke a statement from a suspect. In theory this extension is nothing but an adaptation of the concept of "assertive conduct" that figures in the so-called rule of adoptive admissions. Actions unaccompanied by words can provide a powerful constraint upon the *volens* of a suspect, especially a suspect in custody. Indeed, gestures that will induce confessional statements are commonplace, even if they fall short of physical abuse. While we agree with the Supreme Court of the United States that "the police surely cannot be held accountable for the unforseeable results of their words", we think that the

definition should be sufficiently flexible to capture both direct and indirect means of procuring statements.

We should point out that nothing in our recommendations would restrict the object of questioning to incriminating statements made by a suspect, and in this connection we maintain consistency with the decision of the Supreme Court of Canada in *Piché* v. *The Queen*.[170]

"police officer"

The Commission has restricted the application of this scheme of rules to "police officers". Though the definition is not exhaustive, our intention is to encompass peace officers whose principal responsibilities include enforcement of the criminal law. Further expansion of the scheme's application would impose a procedural burden of responsibility upon persons or agencies that is grossly disproportionate to their responsibility for the investigation and prosecution of crime.

Some compensation for the restrictive scope of the scheme can be found in the notion of agency set out in the latter part of the Commission's definition of "police officer". In common usage, agency denotes a relationship in which one actor performs the will of another. At common law, the rules of evidence governing the admissibility of extra-judicial statements already admit of this concept in circumstances where someone other than a person in authority is assimilated to a person in authority for purposes of administering the voluntariness rule. With respect to the definition of "police officers" proposed by the Commission, we would extend the responsibility for compliance to any person who, in the circumstances of the case, might be reasonably considered as acting on behalf or with the acquiescence of a police officer.

Division II — General rules

Division II of the Commission's recommendations sets forth substantive rules on the questioning of suspects by police officers. The general principle, contained in Recommendation 6, is that no suspect shall be questioned without a warning of his right to remain silent. To this requirement one specific refinement is added. Recommendation 7 stipulates that a warning in the form prescribed

by Recommendation 6 be given at the first reasonable opportunity to a suspect who makes a spontaneous statement, and that this statement be reduced to writing as soon as possible.

RECOMMENDATION

6. (1) A police officer who has reasonable grounds to believe that a person is implicated in the commission of a criminal offence shall not question that person with respect to that offence or any other offence under investigation, unless he has given that person a warning in the following terms:

> **You have a right to remain silent. Anything you say may be introduced as evidence in court. If you agree to make a statement or answer questions, you are free to exercise your right to remain silent at any time. Before you make a statement or answer any questions you may contact a lawyer.**

This warning shall be given orally and may also be given in writing.

(2) A warning need not be repeated if a warning has recently been given or in other circumstances where repetition would be self-evidently unnecessary.

At least until the proclamation of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the police were not obliged to issue a warning of any kind to persons whom they wished to question, although most police forces have done so as a matter of practice for many years. There was some uncertainty in the law on this question after the decision of the Supreme Court of Canada in *Gach* v. *The King*.[171] Mr. Justice Taschereau (as he then was) suggested in this case that a caution was a necessary condition for the admission of a confession, but in *Boudreau*[172] the Court later distinguished these remarks as *obiter dicta*, and ever since it has been settled law that the issuance of a warning of the right to remain silent is only one among the circumstances that a judge will assess in determining the voluntariness of a statement.

Sections 10 and 11 of the Charter require the police to inform persons who are arrested or detained, or charged with an offence, of certain constitutional rights, but no provision of the Charter obliges the police to issue a warning of the right to remain silent. It is, nevertheless, trite law that every citizen has an absolute right not to answer questions or make a statement unless some specific statutory authority allows the police to compel the disclosure of

information. Recommendation 6 would impose upon police officers a statutory duty to give a warning of the right to remain silent whenever they wish to question a suspect. As there is in fact no presumption of innocence where there is a suspicion of guilt, it seems a self-evident proposition of fairness that a suspect should be apprised of a right that has long been recognized at law. The Commission takes the view that the right to silence of a person suspected or accused of crime is as great, if not greater, than the right to contact a lawyer.

The purpose of Recommendation 6(2) is to avoid needless repetition of the warning required in the first paragraph. As understood by the Commission, repetition would be unnecessary where the required warning is fresh in the mind of the suspect, and the second paragraph of the recommendation attempts to reflect this view.

With respect to persons caught within the terms of Recommendation 2(2), the last sentence of the warning will for practical purposes be a reiteration of the warning required by subsection 10(b) of the Charter. For suspects to whom the scheme would apply solely by virtue of Recommendation 2(1), it may be argued that the Commission is advocating some expansion of the right to counsel as it presently exists in Canadian law. This is indeed the position taken here. It cannot, of course, be argued that a suspect does not have a right to contact a lawyer unless or until a statutory authority expressly vests him with it. Any citizen has the right to consult a lawyer. The value of the right, however, lies in the degree to which it can be enforced. Hence the novelty in the Commission's position on this matter is that, although Recommendation 13 would only sanction directly a failure to give the warning, it would effectively allow the denial of contact with a lawyer to be considered as a contravention of the rules.

RECOMMENDATION

7. Where a suspect makes a spontaneous statement in the presence of a police officer, the police officer shall, at the first reasonable opportunity, give a warning in the form required by Recommendation 6. The police officer shall then reduce the statement to writing as soon as possible in the circumstances.

A spontaneous statement is the purest form of admission. The procedure recommended here is self-explanatory.

RECOMMENDATION

8. Within a reasonable delay, and in any case not later than thirty days after the making of a statement, law-enforcement officers shall deliver to a suspect or his counsel an authentic copy of any written record or taped recording of answers or statements made by that suspect pursuant to [these rules].

No comment is necessary.

Division III — Recording procedures

A. *Field questioning*

RECOMMENDATION

9. Where a suspect is questioned in a place other than a police station or prison, a police officer in attendance shall, as soon as possible and to the fullest extent possible, make a record of all questions put and answers given. The record shall include a minute of the time at which questioning began and concluded, including a note of any interruptions in the questioning, of the place at which the questioning was conducted, of the identity of all persons present during the questioning, and of the time at which the record was made. Upon completion thereof, the officer who prepares the record shall sign it.

B. *Station-house questioning*

(1) Taped questioning

RECOMMENDATIONS

10. Questioning that takes place in a police station or prison shall be electronically recorded wherever feasible, either by audio-taping or by video-taping. At the commencement of such questioning, a police officer in attendance shall inform the suspect that the questioning is being electronically recorded. The police officer shall give a warning to the suspect in the form required by Recommendation 6. The police officer shall also state the time before commencing the questioning.

11. At the conclusion of taped questioning, a police officer in attendance shall state the date and time and then secure the tape in a safe place. The tape shall be accompanied by a certificate, signed by an officer in attendance, stating the identity of all persons present during the questioning and the time at which questioning began and ended.

(2) Questioning not taped

RECOMMENDATION

12. Where a suspect is questioned in a police station or prison, and the questioning is not electronically recorded, a police officer in attendance shall, as soon as possible and to the fullest extent possible, make a record of all questions put and answers given. The record shall include a minute of the time at which questioning began and concluded, as well as a note of any interruptions in the questioning, of the place at which the questioning was conducted, of the identity of all persons present during the questioning, and of the time at which the record was made. Upon completion thereof, the officer who prepares the record shall sign it.

In view of the powerful influence that confessional statements can have upon the course of a trial, and indeed upon the determination of guilt or innocence, it is imperative that the prosecution should present before the court a record that sets forth as completely and as accurately as possible the contents of a statement and the circumstances in which it was taken. At present the evidence adduced at the *voir dire* is often approximative and vague, and too often argument on the *voir dire* proceeds on the basis of assertions that simply cannot be corroborated. The objective of Recommendations 8 through 12 is to provide procedures that will facilitate the reconstruction of an interrogation. Such procedures will not only assist the courts and expedite the *voir dire*, but in large measure it should protect the police against unwarranted allegations of misconduct. One specific benefit of these procedures would be that an accurate record will reduce the number of disputes as to the identity of persons who should be called to testify at the *voir dire*. Similarly, although the incidence of deliberate corruptions of the record cannot be calculated, compliance with our procedures should minimize "verballing" and similar problems.

The procedures advocated in Division III are, admittedly, artifices for introducing an element of publicity, and therefore accountability, into interrogation procedures. The Commission hopes that these measures will dispel some of the suspicion that naturally attaches to investigative practices that are conducted in private. While we would not propose a requirement for corroboration in police interrogation, we believe that greater reliability would flow from compliance with the rules proposed in this part of our recommendations.

Division III incorporates three important distinctions: questioning of persons not suspected and questioning of suspects; field questioning and station-house questioning; taped or non-taped questioning. The axiom of these proposals, and indeed of the entire scheme, is that procedural obligations on the police should become increasingly onerous as one progresses from field questioning of a person not in custody to station-house interrogation of a suspect in custody. Thus, the operation of Division III can be summarized as follows:

- Questioning of persons who are not suspects is subject to the ordinary rules of admissibility, and not to the rules proposed in this Working Paper.
- Questioning of suspects is subject both to the ordinary rules and to the rules proposed in this Working Paper.
- Field questioning is covered by Recommendation 9, which requires the preparation of a thorough record of questions put, statements given and the attending circumstances.
- Station-house questioning ought to be electronically recorded wherever feasible.

Apart from the provisions on tape-recording, which are loosely based upon provisions of the *Model Code of Pre-Arraignment Procedure*, the Recommendations in Division III owe much to the Judges' Rules.

The scheme demonstrates a preference for electronic recording of station-house questioning, but does not require it. The provision of equipment will impose a significant capital burden upon law-enforcement agencies, and for this reason the Commission believes that it would be unreasonable, if not unconstitutional, to insist upon tape-recording. Nevertheless, we have drafted the provisions

in such a way that a judge on a *voir dire* may ask why it was not feasible for an interrogation to be taped, as, indeed, he may inquire into any other apparent non-compliance with the proposed rules. It is important to note in this regard that where statements are not taped the procedure in Recommendation 12 would apply.

The Commission has not investigated the logistical and scientific problems that may derive from tape-recording, and in particular it has not studied recording technology in order to gauge the risk of tampering or malfunction. We would, however, point out that, despite its dangers, tape-recording would mark a distinct improvement over the vagaries of oral testimony.[173] Not only will it enhance the court's ability to assess objectively the accuracy of the testimony and the credibility of witnessess, but it should facilitate the admission of statements in evidence. We foresee no difficulty in the production of a recording in evidence, subject only to satisfactory proof of continuity.

Division IV — Enforcement

RECOMMENDATION

13. The Commission recommends the enforcement of these rules by the following redrafting of clause 64 of Bill S-33:

> **64. (1) A statement, other than one to which paragraph 62(1)(*f*), (*g*), (*h*) or (*i*) applies, that is made by an accused to a person in authority is not admissible at the instance of the prosecution at a trial or preliminary inquiry unless the prosecution, in a *voir dire*, satisfies the court beyond a reasonable doubt that the statement was voluntary.**
>
> **(2) Notwithstanding the requirements for admissibility set forth in subsection (1), a statement taken from a suspect in contravention of [these rules] is not admissible at the instance of the prosecution at a trial or preliminary inquiry unless it is established that the contravention is merely a defect of form or a trifling irregularity of procedure.**

This recommendation consists of two parts. The first proposes that clause 64 of the Bill S-33 be styled as subclause 64(1) and that the burden of proof stipulated by the draft be amended so as to require proof beyond reasonable doubt rather than satisfaction on a balance of probabilities. The second part of the recommendation consists of subclause 64(2), which the Commission proposes as the mechanism for enforcing the scheme advocated in Recommendations 2 through 12.

It is apparent that both the Task Force and the Uniform Law Conference wavered considerably in fixing the standard required of the Crown in proving voluntariness. Indeed, several decisions on the matter were taken by both groups and in the course of their deliberations each had occasion to reverse itself.[174] The Commission has no hesitation in recommending that the burden should be that with which Canadian courts are now quite familiar, proof beyond reasonable doubt, and in doing so we endorse the arguments put forth by the final majority of the Task Force.[175]

Confessional evidence, if it is complete, is the best conceivable evidence in criminal cases, and, even if it consists only of partial admissions, it often raises the strength of the prosecution's case to proof beyond reasonable doubt. While it may be that the quantum of proof required for the admission of confession is exceptional by comparison with other instances where admissibility is in issue, proof of admissibility will generally be followed by proof and conviction on the charge; thus the inherent power of confessional statements justifies the higher standard. Some members of the Task Force opposed proof beyond reasonable doubt on the ground that it allows the courts an exclusionary discretion based solely upon the judge's appreciation of the facts, and they argued that it would invite unwarranted judicial interference with the investigative process.[176] Yet, to the extent that voluntariness is construed by the Supreme Court of Canada as being an absence of promises or threats that induce a statement, it seems obvious to us that a lower threshold of proof would only allow the admission of evidence with a greater measure of doubt. The practical result would be an inclusionary discretion and the reception of markedly less reliable evidence. Indeed, such a revision of the rule would effectively bar the courts from any supervision of the manner in which statements are taken. The Commission believes that diminishing the burden of proof would effectively strip the courts of their ability to preserve the integrity of the judicial process in so

far as judges would be obliged to put less reliable, but very damaging, evidence before the trier of fact. Hence we urge that the Crown's burden to prove voluntariness should remain at proof beyond reasonable doubt.

The Commission proposes a presumption of inadmissibility as the mechanism by which to enforce the rules proposed in Recommendations 2 through 12. As contemplated by the Commission, proof of compliance with these rules would normally suffice for the admission of a statement taken by a police officer when questioning a suspect. Correspondingly, the case against admission would strengthen proportionally with the failure to comply. Before commenting on the proposal for a presumption of inadmissibility, we would like to note briefly why we have adopted exclusion as the device for enforcement.

It is often said that exclusion protects the trier of fact from unreliable evidence, and we agree that statements should be rejected if it would be unsafe to weigh them in assessing the truth of any allegation of fact. But we do not accept that this is the sole purpose of exclusion any more than we believe that the sole purpose of a trial is to discover the truth. Rules for the exclusion of evidence are rules of policy, as was noted by Lord Sumner himself in *Ibrahim*.[177]

As we have said before, endless exegesis of the jurisprudence will not disclose any single, correct policy that justifies the exclusion of certain statements. We know, however, that exclusion is a sanction against the use of unacceptable evidence, whatever the justification may be. The danger of putting unreliable evidence before the trier of fact is only one justification for the sanction. Despite the conclusions of successive majorities in the Supreme Court of Canada, the Commission takes the view that the power to exclude admits of other grounds, and we would agree with Mr. Justice Estey's dissenting opinion in *Rothman* that the power ultimately springs from a judge's responsibility to ensure a fair trial and to protect the integrity of the judicial process.[178] These general terms, of course, have invited, and continue to invite, different and even opposing interpretations, but in our opinion they should afford a general mandate for judicial supervision of the manner in which evidence is obtained. Subsection 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* now grants that mandate in constitutional matters, and we see no reason why it should not

apply to other questions involving the acquisition of evidence in the investigation of crime. With respect to confessional statements, this means that the power to exclude must be used where the police have compelled, or have attempted to compel, discovery by a suspect. The authority to exclude evidence under the Charter is directly tied to the exercise of police powers and the practice of police procedures. The Task Force on the Uniform Rules of Evidence argued that misconduct by the police ought to be punished by disciplinary, civil or even criminal process, and not by the exclusion of evidence, because exclusion would allow the accused to go free despite reliable evidence of guilt.[179] The Commission, however, shares the view of the Royal Commission on Criminal Procedure that the power to exclude must serve evidentiary and disciplinary functions at the same time:

> Where certain standards are set for the conduct of criminal investigations, citizens can expect, indeed they have a right, to be treated in accordance with those standards. If they are not so treated, then they should not be put at risk nor should the investigator gain an advantage. The courts have the responsibility for protecting the citizen's rights. The most appropriate way to do so in these circumstances is to remove from the investigator his source of advantage and from the accused the cause of his risk, that is to exclude the evidence. If this principle is applied, exclusion of good evidence irregularly obtained is the price to be paid for securing confidence in the rules of criminal procedure and ensuring that the public sees the system as fair.[180]

What remains, on these principles, is whether exclusion should be automatic or discretionary.

Recommendations 2 through 12 set forth rules for the conduct of police interrogation and, in the aggregate, they represent a code of standards. We believe that these standards should have the force of law and for this reason we have urged that they be included in ordinary legislation. The rules we propose are spare and economical, containing what in our view are only the essential elements of a workable scheme that will regulate the questioning of suspects. By virtue of this economy, the Commission is confident that a presumption of inadmissibility is the most efficacious instrument by which to uphold a code of such standards. We recognize, however, that a rule of automatic exclusion would make bad law if it did not admit of exceptions that fall outside its premises and objectives. Accordingly, statements obtained in

contravention of the proposed rules would be presumed inadmissible unless it was established that the contravention was a trifling irregularity or defect of form. The rule must allow that failure to comply may, upon careful analysis of the circumstances, be insignificant and comparatively harmless. The rules are themselves the criteria for exercising the exception to the presumption of inadmissibility. Careful evasion of the rules or negligent compliance with them will therefore not justify the invocation of this inclusionary exception. The rules seek to ensure a complete record of the circumstances of an interrogation and of any statement given. Non-compliance in small or large measure would subvert their purpose and must, of itself, weaken the case for admissibility. As we have said, however, only those breaches that by their nature and seriousness are substantive should be sanctioned by exclusion. If it be objected that the language of subclause 64(2) is too vague for practical application, we would observe that it is a form of words that would become increasingly familiar to the legal community with the evolution of the rules in the courts. With regard to the criterion of triviality and the burden of proof, the exclusionary rule proposed in Recommendation 13 has analogues in subsection 178.16(3) of the *Criminal Code* and in subsection 24(2) of the Charter respectively. In most instances the burden will fall upon the Crown to justify an exception to the rule of automatic exclusion, but the provision is drafted in such a fashion as would allow a judge to invoke the exception *proprio motu* on the basis of evidence adduced at the *voir dire*.

RECOMMENDATION

14. The Commission also recommends that clause 70 of Bill S-33 be redrafted as follows:

> **70. (1) Where an accused in making a statement was unaware that he was dealing with a person in authority, the statement shall be treated as having been made to a person other than a person in authority.**
>
> **(2) Notwithstanding subsection (1), a statement made to a police officer by a person who is in custody within the meaning of [Recommendation 2(2)] shall be treated as having been made to a**

police officer whether or not he was aware that he was dealing with a police officer.

Clause 70 of Bill S-33 (reproduced above as paragraph 70(1)) codifies the conclusion reached by a majority of the Supreme Court of Canada in *Rothman* v. *The Queen*.[181] The result of their reasoning was that a subjective test should be applied to determine who is a person in authority. The test that they adopted can be phrased in a single question of two parts: at the time of making the statement, did the accused know that the person to whom he was speaking was a person in authority, or might he have reasonably believed that person to be a person in authority? If, upon an assessment of all the circumstances, the judge answers this question in the affirmative, he must then apply the confessions rule to test the admissibility of the statement. In *Rothman* the majority concluded that the statement need not be proved voluntary because the person to whom it was given was not a person in authority according to the subjective test; it was admissible, without special proof, as a statement not made to a person in authority. For practical purposes, the effect of the decision was to condone trickery as an inducement to make a confession.

The Commission is not categorically opposed to the use of agents acting under cover or other artful techniques to advance a criminal investigation, and the rules that we recommend are intended to apply in circumstances where the suspect is questioned by a police officer who is readily identifiable as such. We do, however, object to the exploitation of deceptive practices against persons in custody, especially where such persons have been charged with an offence or have invoked their right to remain silent. A person in custody must be treated openly and fairly by the police, and the use of trickery against him is, in our view, incompatible with the rationale adopted by the Task Force on the Uniform Rules of Evidence, namely that the Crown cannot compel discovery by the accused. Those who do not share our view will object that the position of a person in custody who makes a statement to someone who, by objective standards, is not a person in authority, should be treated at law in the same way as the position of one who, by objective standards, was not speaking to a person in authority; accordingly, they will deny that the more appropriate analogy would be to the position of an accused in the dock. This is plainly a question of policy, a question of choice,[182]

and we adhere to the opinion that once a person is taken into custody all the essential elements of a prosecution are present. In our view, the law must impose measures to ensure that any statement given by a suspect is voluntary in the sense that it was given by conscious choice after a warning of the right to remain silent and with knowledge of the ramifications that may follow.

Division V — Concluding recommendation

15. The Commission recommends that a form be devised for the purpose of recording answers or a written statement. [See Appendix A.]

A comprehensive form must also be manageable. The form proposed here is designed to facilitate the work of the police and the courts, and we believe that it is amenable to all interrogation procedures without undue administrative burdens upon the police. Indeed, a conscientious police officer should have less difficulty in completing this form than in preparing an ordinary report.

Where any portion of an interrogation is electronically recorded, the attending officer or officers would advert to the recording in the body of the form.

PART THREE

Summary of recommendations

I. Introductory recommendation

1. As proposed in Recommendations 2 through 14 inclusive, the Commission advocates the enactment of statutory rules to govern the questioning of suspects.

II. Rules governing the questioning of suspects

Division I — Preliminary provisions

A. *Application*

2. (1) A police officer who has reasonable grounds to believe that a person is implicated in the commission of a criminal offence shall not question that person with respect to that offence or any other offence except in conformity with these rules.

(2) Notwithstanding the generality of the foregoing paragraph, these rules shall apply with respect to questioning of any person under arrest or detention; they shall also apply with respect to any person who is an accused within the meaning of section 448 of the *Criminal Code*, or against whom an information has been laid or an indictment preferred.

3. Except where there is any inconsistency between these rules and the provisions of the *Young Offenders Act*, these rules shall also

apply to questioning by a peace officer of a suspect who is a young person.

4. These rules shall not apply to statements that of themselves constitute the gravamen of an offence.

B. *Interpretation*

5. The following definitions shall apply in the interpretation of these rules:

"suspect"	**means a person in respect of whom these rules apply according to Recommendations 2 and 3;**
"questioning"	**includes any utterance or gesture that is calculated to elicit, or is reasonably likely to elicit, a statement from a person with respect to the investigation of a criminal offence;**
"police officer"	**includes constables, persons appointed as peace officers under the *Customs Act*, the *Excise Act*, the *Fisheries Act* and the *National Defence Act*, or any agent thereof.**

Division II — General rules

6. (1) A police officer who has reasonable grounds to believe that a person is implicated in the commission of a criminal offence shall not question that person with respect to that offence or any other offence under investigation, unless he has given that person a warning in the following terms:

> **You have a right to remain silent. Anything you say may be introduced as evidence in court. If you agree to make a statement or answer questions, you are free to exercise your right to remain silent at any time. Before you make a statement or answer any questions you may contact a lawyer.**

This warning shall be given orally and may also be given in writing.

(2) A warning need not be repeated if a warning has recently been given or in other circumstances where repetition would be self-evidently unnecessary.

7. Where a suspect makes a spontaneous statement in the presence of a police officer, the police officer shall, at the first reasonable opportunity, give a warning in the form required by Recommendation 6. The police officer shall then reduce the statement to writing as soon as possible in the circumstances.

8. Within a reasonable delay, and in any case not later than thirty days after the making of a statement, law-enforcement officers shall deliver to a suspect or his counsel an authentic copy of any written record or taped recording of answers or statements made by that suspect pursuant to [these rules].

Division III — Recording procedures

A. *Field questioning*

9. Where a suspect is questioned in a place other than a police station or prison, a police officer in attendance shall, as soon as possible and to the fullest extent possible, make a record of all questions put and answers given. The record shall include a minute of the time at which questioning began and concluded, including a note of any interruptions in the questioning, of the place at which the questioning was conducted, of the identity of all persons present during the questioning, and of the time at which the record was made. Upon completion thereof, the officer who prepares the record shall sign it.

B. *Station-house questioning*

(1) Taped questioning

10. Questioning that takes place in a police station or prison shall be electronically recorded wherever feasible, either by audio-taping or by video-taping. At the commencement of such questioning, a police officer in attendance shall inform the suspect that the questioning is being electronically recorded. The police officer shall give a warning to the suspect in the form required by Recommendation 6. The police officer shall also state the time before commencing the questioning.

11. At the conclusion of taped questioning, a police officer in attendance shall state the date and time and then secure the tape in a

safe place. The tape shall be accompanied by a certificate, signed by an officer in attendance, stating the identity of all persons present during the questioning and the time at which questioning began and ended.

(2) Questioning not taped

12. Where a suspect is questioned in a police station or prison, and the questioning is not electronically recorded, a police officer in attendance shall, as soon as possible and to the fullest extent possible, make a record of all questions put and answers given. The record shall include a minute of the time at which questioning began and concluded, as well as a note of any interruptions in the questioning, of the place at which the questioning was conducted, of the identity of all persons present during the questioning, and of the time at which the record was made. Upon completion thereof, the officer who prepares the record shall sign it.

Division IV — Enforcement

13. The Commission recommends the enforcement of these rules by the following redrafting of clause 64 of Bill S-33:

> **64. (1) A statement, other than one to which paragraph 62(1)(*f*), (*g*), (*h*) or (*i*) applies, that is made by an accused to a person in authority is not admissible at the instance of the prosecution at a trial or preliminary inquiry unless the prosecution, in a *voir dire*, satisfies the court beyond a reasonable doubt that the statement was voluntary.**
>
> **(2) Notwithstanding the requirements for admissibility set forth in subsection (1), a statement taken from a suspect in contravention of [these rules] is not admissible at the instance of the prosecution at a trial or preliminary inquiry unless it is established that the contravention is merely a defect of form or a trifling irregularity of procedure.**

14. The Commission also recommends that clause 70 of Bill S-33 be redrafted as follows:

> **70. (1) Where an accused in making a statement was unaware that he was dealing with a person in authority, the statement shall be treated as having been made to a person other than a person in authority.**
>
> **(2) Notwithstanding subsection (1), a statement made to a police officer by a person who is in custody within the meaning of [Recommendation 2(2)] shall be treated as having been made to a police officer whether or not he was aware that he was dealing with a police officer.**

Division V — Concluding recommendation

15. The Commission recommends that a form be devised for the purpose of recording answers or a written statement. [See Appendix A.]

Endnotes

Nota: This Working Paper states the matter at 1 September 1983

1. *Rice* v. *Connolly* [1966] 2 Q.B. 414, 419 (C.A.) *per* Lord Parker C.J.:

> It seems to me quite clear that though every citizen has a moral duty or, if you like, a social duty to assist the police, there is no legal duty to that effect, and indeed the whole basis of the common law is the right of the individual to refuse to answer questions put to him by persons in authority, and to refuse to accompany those in authority to any particular place; short, of course, of arrest.

See also *R.* v. *Bonnycastle* [1969] 4 C.C.C. 198, 200-201 (B.C. C.A.); *R.* v. *Guthrie* [1982] 5 W.W.R. 385, 388-390 (Alta. C.A.).

2. *Walker* v. *The King* [1939] S.C.R. 214; *Marshall* v. *The Queen* [1961] S.C.R. 123. For further discussion see Henderson, "Statements Compelled By Statute" (1982) 24 Crim. L.Q. 176, 180-184.

The decision of the majority in *Moore* v. *The Queen* [1979] 1 S.C.R. 195 would seem to cast doubt upon the generality of the proposition stated in the text; it also appears to contradict settled jurisprudence. The reasons given by Spence J., speaking for the majority, support the following proposition: by virtue of his status as a peace officer and by virtue of the power granted under subs. 450(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (as am.), a constable who witnesses the commission of a summary-conviction offence has the power to arrest the offender if such action is necessary to establish his identity, and with this power is a concomitant power to compel identification. The offender's failure to provide identification in the circumstances justifies a conviction for wilful obstruction of a peace officer in the execution of his duties (s. 118, *Criminal Code*). Contrary to established jurisprudence, this conclusion creates a general power of interrogation for purposes of identification, albeit in limited circumstances, and thus a general liability for remaining silent. The power thereby created cannot be called a statutory power, even though it is purportedly inferred from statutory provisions. Accordingly, the decision of the majority effectively

creates a common-law duty of identification in circumstances similar to those in *Moore*. Paradoxically, Spence J. states (*supra*, 204) that the conclusion reached by the majority "in no way opposes or ignores the judgment of the Queen's Bench in *Rice* v. *Connolly* [*supra*, note 1]". How this can be is simply not explained in the judgment. If, indeed, Lord Parker's judgment in *Rice* v. *Connolly* substantiates a general common-law right to remain silent, it surely follows that the decision in *Moore* creates an exception to *Rice*, and therefore to the right, in the form of a power to compel identification in circumstances where a constable on duty witnesses the commission of an offence.

Whether the decision of the majority in *Moore* will have any enduring effect as a precedent remains to be determined. The reasons for that decision are, with respect, quite unclear; moreover, Spence J. stated that his conclusions were confined "to the actual circumstances which occurred" (*supra*, 203).

The minority in *Moore* reiterated the traditional position that is stated in the text: the police cannot compel answers to their questions unless a specific power recognized at law authorizes them to do so.

For further commentary on *Moore*, see Grant, "*Moore* v. *The Queen*: A Substantive, Procedural and Administrative Nightmare" (1979) 17 Osgoode Hall L.J. 459; Ewaschuk, "What's in a Name? The Right Against Self-Incrimination" (1979) 5 C.R. (3d) 307.

3. See *R.* v. *Dedman* (1981) 59 C.C.C. (2d) 97, 108-109 (Ont. C.A.) (appeal pending in the Supreme Court of Canada). Judicial and quasi-judicial officers similarly have no power to order an arrest solely for purposes of interrogation: *Chartier* v. *Attorney General of Québec* [1979] 2 S.C.R. 474.

4. See *Rothman* v. *The Queen* [1981] 1 S.C.R. 640, 653-656 *per* Estey J. (dissenting opinion), 683 *per* Lamer J. (concurring opinion).

5. See *Moore* v. *The Queen*, *supra*, note 2, 205 *per* Dickson J. (dissenting).

6. While a suspect's right to remain silent necessarily includes a right against self-incrimination, the "privilege against self-incrimination" is a term of art that signifies a testimonial right of an accused not to give oral testimony against himself in court. The right to remain silent, therefore, is a larger and inclusive concept, but it is not coterminous with the privilege. See, generally, Ratushny, *Self-*

Incrimination in the Canadian Criminal Process (Toronto: Carswell, 1979).

7. See *Ibrahim* v. *The King* [1914] A.C. 599, 610-614 (P.C.).

8. First introduced in Parliament in the Senate, 18 November 1982: *Debates of the Senate* (Hansard), 1st Sess., 32nd Parl., Vol. 128, No. 249, 5008. References are to the Bill as read for the first time. Relevant extracts from the Bill are reproduced *infra* as Appendix B.

   The Bill met with lively opposition in Committee. After several months of hearings, the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs delivered an interim report in which it recommended reconsideration and further consultation before the Government submitted the Bill anew. At the time of writing, no further action has been taken on the Bill in Parliament. The Interim Report of the Committee, and the brief of the Canadian Bar Association, are published in Senate of Canada, *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs* (Hansard), 1st Sess., 32nd Parl., Vol. 128, 28 June 1983 (Issue No. 68).

9. The *Report of the Federal-Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence* was published commercially in 1982 by The Carswell Company Ltd., and references made herein are to pages as set out in that publication.

10. The standard Canadian monographs on the topic are Kaufman, *The Admissibility of Confessions*, 3rd ed. (Toronto: Carswell, 1979), Supplement (1983); Ratushny, *supra*, note 6.

11. *Supra*, note 7.

12. *Ibid.*, 609.

13. (1922) 63 S.C.R. 226.

14. See, *e.g.*, *Sankey* v. *The King* [1927] S.C.R. 436; *Thiffault* v. *The King* [1933] S.C.R. 509; *Gach* v. *The King* [1943] S.C.R. 250; *Boudreau* v. *The King* [1949] S.C.R. 262; *R.* v. *Murakami* [1951] S.C.R. 801; *R.* v. *Fitton* [1956] S.C.R. 958; *Marshall* v. *The Queen*, *supra*, note 2; *DeClercq* v. *The Queen* [1968] S.C.R. 902; *Piché* v. *The Queen* [1971] S.C.R. 23; *R.* v. *Wray* [1971] S.C.R. 272; *John* v. *The Queen* [1971] S.C.R. 781; *Powell* v. *The Queen* [1977] 1 S.C.R. 362; *R.* v. *Gauthier* [1977] 1 S.C.R. 441; *Boulet* v. *The Queen*

[1978] 1 S.C.R. 332; *Alward & Mooney* v. *The Queen* [1978] 1 S.C.R. 559; *Erven* v. *The Queen* [1979] 1 S.C.R. 926; *Horvath* v. *The Queen* [1979] 2 S.C.R. 376; *Ward* v. *The Queen* [1979] 2 S.C.R. 30; *Morris* v. *The Queen* [1979] 2 S.C.R. 1041; *Nagotcha* v. *The Queen* [1980] 1 S.C.R. 714; *Rothman* v. *The Queen*, *supra*, note 4; *Park* v. *The Queen* [1981] 2 S.C.R. 64; *Hobbins* v. *The Queen* [1982] 1 S.C.R. 553; *R.* v. *Turgeon* (1983) 33 C.R. (3d) 200 (S.C.C.).

15. The general rules of admissibility are set out in clause 22 of Bill S-33:

> 22. (1) Relevant evidence is admissible unless it is excluded pursuant to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, this Act or any other Act or law, and evidence that is not relevant is not admissible.
>
> (2) The court may exclude evidence the admissibility of which is tenuous, the probative force of which is trifling in relation to the main issue and the admission of which would be gravely prejudicial to a party.

Subclause 22(2) is derived verbatim from the reasons given by Martland J. for the majority in *R.* v. *Wray*, *supra*, note 14, 293. See text, *infra*, under "The rationale for the rule".

16. For a general description of the procedure on the *voir dire*, see *Erven* v. *The Queen*, *supra*, note 14, *per* Dickson J.

17. *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 470. See *R.* v. *Pearson* (1957) 25 C.R. 342 (Alta. S.C., App. Div.); *R.* v. *Sweezey* (1974) 20 C.C.C. (2d) 400 (Ont. C.A.); *R.* v. *Pickett* (1975) 28 C.C.C. (2d) 297 (Ont. C.A.).

18. *R.* v. *Gauthier*, *supra*, note 14. See also *R.* v. *Mulligan* (1955) 20 C.R. 269 (Ont. C.A.).

19. See *Hébert* v. *The Queen* [1955] S.C.R. 120; *Monette* v. *The Queen* [1956] S.C.R. 400. Failure to observe this principle may justify the declaration of a mistrial or provides grounds for appeal: see Kaufman, *supra*, note 10, 25-28, citing *R.* v. *Hamilton* (1978) 42 C.C.C. (2d) 110 (Qué. S.C.); *R.* v. *Armstrong* [1970] 1 C.C.C. 136 (N.S. S.C., App. Div.). See also *R.* v. *Rehn* (1980) 53 C.C.C. (2d) 360 (Alta. C.A.).

Proof of voluntariness at the *voir dire* may suffice for admission of a statement, but the Crown must introduce the statement afresh at the resumption of the principal proceedings (preliminary inquiry or

trial) and prove its voluntariness before the trier of fact: see, *e.g.*, *Reid* v. *The Queen* (1974) 20 C.C.C. (2d) 257 (C.M.A.C.).

20. *Piché* v. *The Queen*, *supra*, note 14. See also *Commissioners of Customs & Excise* v. *Harz & Power* [1967] 1 A.C. 760 (H.L.).

21. Statements made before a validly-constituted judicial or quasi-judicial body, acting within its jurisdiction, are also exempt from the voluntariness rule: *Boulet* v. *The Queen*, *supra*, note 14; *R.* v. *Mazerall* (1946) 86 C.C.C. 321 (Ont. C.A.); but see *R.* v. *Magdish, Bennett & Sweet* (1978) 41 C.C.C. (2d) 449 (Ont. H.C.). On the question of jursidiction, see *R.* v. *Clot (No. 2)* (1982) 69 C.C.C. (2d) 365 (Qué. S.C.); *R.* v. *Paonessa & Paquette* (1982) 66 C.C.C. (2d) 300 (Ont. C.A.). As this Working Paper is concerned solely with extra-judicial statements made in the interrogation of a suspect, judicial confessions are not considered here. For further discussion of the issue, see Kaufman, *supra*, note 10, ch. 15.

22. *Powell* v. *The Queen*, *supra*, note 14, *Erven* v. *The Queen*, *supra*, note 14, *per* Dickson J.; *Morris* v. *The Queen*, *supra*, note 14, *per* Spence J.

23. *Supra*, note 14, approving *R.* v. *Dietrich* (1970) 1 C.C.C. (2d) 49 (Ont. C.A.). Speaking for the Court, Dickson J. expressly refrained (at 75) from deciding whether such a waiver was an admission within the meaning of s. 582 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, as had been held by the Alberta Court of Appeal in *R.* v. *Dhaliwal* (1980) 53 C.C.C. (2d) 158. His Lordship stated (at 70), however, that he was inclined to share the view advanced in *Dietrich* by Gale C.J.O. (*supra*, 58) that the right of waiver exists quite apart from the Code. In *Korponey* v. *Attorney General of Canada* [1982] 1 S.C.R. 41, 48-50, Lamer J., speaking for the Court, extrapolated from the principle in *Park* a general proposition that an accused can waive any procedural requirement that is enacted for his benefit.

24. *Ibid.*, 73.

25. *Stapleton* v. *The Queen* (1982) 26 C.R. (3d) 361 (Ont. C.A.); *Friesen* v. *The Queen* [1982] 2 W.W.R. 514 (Sask. Q.B.); *Zerebeski* v. *The Queen* (1982) 26 C.R. (3d) 365 (Sask. Q.B.). See also Hill, "Admissibility of Statements without a *Voir Dire*" (1982) 26 C.R. (3d) 368. Statements made at the time of the offence, or in close proximity thereto, may also be exempt from the voluntariness rule by virtue of the doctrine of *res gestae* (see *infra*), although such statements are qualitatively different from the utterances considered here because they do not constitute an offence.

26. See, *e.g.*, *R.* v. *Graham* [1974] S.C.R. 206; *R.* v. *Risby* [1978] 2 S.C.R. 139; *R.* v. *Spencer* (1973) 16 C.C.C. (2d) 29 (N.S. S.C., App. Div.); *R.* v. *Toulany* (1973) 16 C.C.C. (2d) 208 (N.S. S.C., App. Div.); *cf. Erven* v. *The Queen*, *supra*, note 14, *per* Dickson J. The inspiration for allowing such statements to be admitted for testimonial purposes, as well as original evidence, is the decision of the Privy Council in *Ratten* v. *The Queen* [1972] A.C. 378. See also *R.* v. *Mahoney* (1979) 50 C.C.C. (2d) 380, 392 (Ont. C.A.), *aff'd* [1982] 1 S.C.R. 834. Speaking for the Privy Council in *Ratten*, Lord Wilberforce said that statements caught by the doctrine of *res gestae* should be admissible as an exception to the hearsay rule on the basis that the circumstances in which they are made preclude the possibility of fabrication as concoction by the declarant; and that, he said, is the proper test of their admissibility (*supra*, 389).

Subclause 62(2) of Bill S-33 would prevent the defence from leading a "self-serving" statement through cross-examination if it is one that would be caught by para. 62(1)(*i*); the accused must testify. The Report of the Task Force explains this provision as follows (*supra*, note 9, 209-210):

> The Task Force unanimously recommends that an exception to the Hearsay Rule be enacted for contemporaneous statements. To qualify as contemporaneous, the statement must describe or explain the act or event and have been made contemporaneously with it. But a majority of the Task Force feels that the *Graham* and *Risby* cases allow a professional criminal in a possession case, to concoct an explanation of the illicit possession in anticipation of arrest, give it to the investigating police officer on apprehension, and later, at the trial, introduce the explanation through cross-examination of the officer. By this device the accused is able to introduce his explanation without taking the stand. In the Task Force's view, an accused's out-of-court statement in such circumstances is unlikely to be trustworthy, unless the accused testifies under oath and subject to cross-examination, in support of it.

Quaere: if a *res gestae* statement is genuinely reliable because there was no possibility of fabrication or concoction, what supervening criteria justify the disability imposed by subclause 62(2)? As drafted, that provision constitutes a presumption of fabrication, and "self-serving" would appear to embrace any statement of benefit to the accused. Moreover, despite assertions in the Report that would restrict subclause 62(2) to possession cases, the provision is simply not limited in that way. It would apply to any statement caught by para. 62(1)(*i*). See *R.* v. *Schwartz & Schwartz* (1978) 40 C.C.C. (2d) 161, 166-168 (N.S. S.C., App.Div.).

27. The learned author of *Wigmore on Evidence* (Chadbourn rev. 1976) (Toronto: Little, Brown and Company, 1976), Vol. VI, § 1747, took the view that spontaneous declarations were a separate exception to the hearsay rule. This position was denied in Canada (*e.g.*, *R.* v. *Leland* [1951] O.R. 12 (C.A.)) until the decision in *Ratten*, *supra*, note 26, but it is now accepted in Canada. This issue is developed in the Report of the Task Force, *supra*, note 9, 206-208.

28. *Supra*, note 14, 938-939. See also *R.* v. *Klippenstein* (1981) 57 C.C.C. (2d) 393 (Alta. C.A.).

29. The issue has never been faced as squarely in the Supreme Court as it was in the opinion delivered by Dickson J. in *Erven*. Upon a strict analysis of the case, however, these *dicta* by His Lordship cannot be construed as determinative (*contra*, Schrager, "Recent Developments in the Law Relating to Confessions" (1981) 26 McGill L.J. 435, 469-70). Dickson J. wrote for himself and three other members of the bench; Pratte and Beetz JJ. concurred in the result proposed, but did so "on narrower grounds". Ritchie J. and two others dissented. At common law, therefore, *R.* v. *Risby*, *supra*, note 24, and *R.* v. *Graham*, *supra*, note 26, remain operative. Nevertheless, it might be argued that these cases should be confined to instances of possession, thus leaving open the position taken by Dickson J. in *Erven*.

30. This, indeed, is currently the practice at common law: even if a statement that forms part of the *res gestae* need not be proved voluntary, a *voir dire* will first be held to ascertain that the statement does indeed form part of the *res gestae*: see *Ratten* v. *The Queen*, *supra*, note 26; *Erven* v. *The Queen*, *supra*, note 14, *per* Dickson J.

31. This is a general statement of principle that is consistent with the *dicta* of the Supreme Court in *Piché* v. *The Queen*, *supra*, note 14; *Powell* v. *The Queen*, *supra*, note 14; *Erven* v. *The Queen*, *supra*, note 14; *Morris* v. *The Queen*, *supra*, note 14; *Park* v. *The Queen*, *supra*, note 14. It would also appear to be the proper construction of clause 64 of Bill S-33, as there is nothing in that Bill to suggest otherwise.

    It should be noted in passing that the requirement of a *voir dire* does not necessarily imply guaranteed success on appeal from conviction if one is not held: such failure can be excused by a court of appeal through the application of subpara. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34: *Colpitts* v. *The Queen* [1965] S.C.R. 739. For further discussion of this issue, see, *e.g.*, *Powell*,

supra; *Erven*, *supra*; *Morris*, *supra*; *McFall* v. *The Queen* [1980] 1 S.C.R. 321. See also *Hébert* v. *The Queen*, *supra*, note 19. Indeed, it might be argued that as appellate courts enforce a broad requirement for a *voir dire*, they may also be inclined to greater use of this curative provision. See *R.* v. *Clarke* (1979) 48 C.C.C. (2d) 440, 449 (N.S. S.C., App. Div.); *R.* v. *Mota* (1979) 46 C.C.C. (2d) 373 (Ont. C.A.); *R.* v. *Nye* (1978) 24 N.B.R. (2d) 362 (N.B. S.C., App. Div.); *R.* v. *Mayer* (1976) 16 N.S.R. (2d) 404, 427 (N.S. S.C., App. Div.).

32. See *R.* v. *St. Lawrence* (1949) 93 C.C.C. 376 (Ont. H.C.); *R.* v. *Wray*, *supra*, note 14; *R.* v. *Coons* (1980) 51 C.C.C. (2d) 388 (B.C. C.A.).

33. See Report of the Task Force, *supra*, note 9, 164-166. Assertive conduct would therefore embrace the so-called "adoptive admissions" rule, deriving from *R.* v. *Christie* [1914] A.C. 545 (H.L.), in cases where there is evidence of positive or express adoption by the accused of the truth of a statement made in his presence by a person in authority: *Hubin* v. *The King* [1927] S.C.R. 442; *Stein* v. *The King* [1928] S.C.R. 553; *cf. R.* v. *Turvey (No. 2)* (1971) 15 C.R.N.S. 129 (N.S. S.C., App. Div.); *R.* v. *Baron & Wertman* (1976) 31 C.C.C. (2d) 525 (Ont. C.A.); *R.* v. *Pleich* (1980) 16 C.R. (3d) 194 (Ont. C.A.). Where the statement alleged to have been adopted was not made by a person in authority, or some other person deemed to be a person in authority, the voluntariness rule would have no application.

The rationale for receiving an expressly-adopted statement as testimonial evidence is sound, although there may be difficulties in discerning such express adoption as a question of fact. Much greater difficulty arises, however, where it is alleged that the accused's adoption of a statement is established by the silence. Strictly speaking, it is impossible to establish express adoption by mere silence. The admission for testimonial purposes of a statement made by another in the presence of an accused who remains mute is nothing but an imputation or presumption of adoption, and thus it is difficult to distinguish between this use of silence and its use as original evidence in order to demonstrate consciousness of guilt. Only in the first instance, however, would the adoption of the statement be subject to proof of voluntariness.

Whether silence is tendered as evidence of the adoption of a statement or as conduct evincing consciousness of guilt, there is an apparent contradiction between the right of an accused to remain silent and his liability to adverse inferences on the basis of his

silence. As might be suspected, this question has come before the courts on several occasions: see, *e.g.*, *R.* v. *Cripps* [1968] 3 C.C.C. 323 (B.C. C.A.); *R.* v. *Eden* [1970] 3 C.C.C. 280 (Ont. C.A.); *R.* v. *Govedarov, Dzambas, Popovic & Askov* (1974) 25 C.R.N.S. 1 (Ont. C.A.); *R.* v. *Robertson* (1975) 21 C.C.C. (2d) 385 (Ont. C.A.); *R.* v. *Hawke* (1975) 22 C.C.C. (2d) 19 (Ont. C.A.); *Taggart & Taggart* v. *The Queen* (1980) 13 C.R. (3d) 179 (Ont. C.A.); *R.* v. *Allen (No. 3)* (1979) 46 C.C.C. (2d) 553 (Ont. H.C.); *R.* v. *O'Leary & O'Leary* (1982) 1 C.C.C. (3d) 182 (N.B. C.A.). Much turns on the facts of each case and whether it would have been "reasonable" in the circumstances (see *Christie*, *supra*) for the accused to have responded to the statement. Accordingly, arrest or the issuance of a warning has sometimes been seized as a significant factor in this assessment.

For further discussion of this issue, see Ratushny, *supra*, note 10, 121-141.

34. See *R.* v. *Parnerkar (No. 2)* (1974) 17 C.C.C. (2d) 113, 126 (Sask. C.A.) *per* Culliton C.J.S. That the category remains open and flexible according to the facts of each case is now abundantly clear with the adoption of the subjective test in *Rothman* v. *The Queen*, *supra*, note 4. See also Cross, *Evidence*, 5th ed. (London: Butterworths, 1979), 541.

35. *R.* v. *Pettipiece* (1972) 7 C.C.C. (2d) 133 (B.C. C.A.). In *Deokinanan* v. *The Queen* [1969] 1 A.C. 20, 33 (P.C.) Viscount Dilhorne approved the following statement by Bain J. in *R.* v. *Todd* (1901) 4 C.C.C. 514, 526 (Man. K.B. *in banco*):

> A person in authority means, generally speaking, anyone who has authority or control over the accused or over the proceedings or the prosecution against him.

Although this test is to all appearances objective, the courts have always qualified this approach by taking the view that the accused must at least have been in a position reasonably to believe that his interlocutor was a person in authority. For a very clear statement of the matter, see *R.* v. *Berger* (1975) 27 C.C.C. (2d) 357, 386 (B.C. C.A.) *per* McIntyre J.A. (as he then was).

36. See, *e.g.*, *Phipson on Evidence*, Buzzard, May and Howard, eds., 13th ed. (London: Sweet and Maxwell, 1982), para. 22-18, pp. 427-428.

37. This, indeed, was described by the Task Force as "the better view": *supra*, note 9, 176. Although the Task Force favoured the

narrow test for a person in authority (*ibid.*), there is nothing in the definition proposed in Bill S-33 that would restrict its construction in this way. Nevertheless, it should be noted that, unlike the definition advanced in *Todd* (see note 35, *supra*), the words in clause 63 purport to link, in one person, authority over the accused and authority in the prosecutorial apparatus. It is submitted that this synthesis does not substantively differ from the proposition stated in the text at note 35, *supra*. Accordingly, the definition in the Bill would appear not to exclude, for example, complainants or informants. Note also that the *Young Offenders Act*, S.C. 1980-81-82, c. 110, will almost certainly embrace school principals and the like among persons in authority.

38. *E.g.*, *R.* v. *Thompson* [1893] 2 Q.B. 12 (C.C.R.); *Rimmer* v. *The Queen* (1969) 7 C.R.N.S. 361 (B.C. C.A.).

39. *E.g.*, *R.* v. *Fowler* (1981) 27 C.R. (3d) 232 (Nfld. C.A.); *R.* v. *Postman* (1977) 3 Alta. L.R. (2d) 524 (S.C., App. Div.); *R.* v. *Stewart* (1980) 54 C.C.C. (2d) 93 (Alta. C.A.); *R.* v. *Conkie* (1978) 39 C.C.C. (2d) 408 (Alta. S.C., App. Div.). It should be noted however, that it is comparatively rare for medical personnel to be considered persons in authority: *Perras* v. *The Queen* [1974] S.C.R. 659; *R.* v. *Warren* (1974) 24 C.R.N.S. 349 (N.S. S.C., App. Div.); *Vaillancourt* v. *The Queen* [1976] 1 S.C.R. 13, *aff'g* (1974) 16 C.C.C. (2d) 137 (Ont. C.A.); *R.* v. *Kematch & Campeau* (1979) 9 C.R. (3d) 331 (Sask. C.A.). See Kaufman, *supra*, note 10, 94-102; Schiffer, *Mental Disorder and the Criminal Trial Process* (Toronto: Butterworths, 1978), 36-40.

40. *E.g.*, *R.* v. *Albrecht* [1966] 1 C.C.C. 281 (N.B. S.C., App. Div.); *R.* v. *Botfield* (1976) 32 C.R.N.S. 1 (B.C. C.A.); *cf. Loiselle* v. *The Queen* (1955) 21 C.R. 210 (Qué. Q.B., App. Side); *R.* v. *Wendland* (1970) 1 C.C.C. (2d) 382 (Sask. C.A.).

41. *E.g.*, *Rimmer* v. *The Queen*, *supra*, note 38; *Downey* v. *The Queen* (1976) 32 C.C.C. (2d) 511 (N.S. S.C., App. Div.).

42. There have been suggestions to the contrary: Kaufman, *supra*, note 10, 81; Freedman, "Admissions and Confessions" in Salhany & Carter, *Studies in Canadian Criminal Evidence* (Toronto: Butterworths, 1972), 118. This position would imply that there could be no person in authority without an inducement, and it would surely be erroneous to interpret Messrs. Kaufman and Freedman in this way.

43. It should be noted that a *voir dire* to determine voluntariness must also be held where the statement is made in the presence of a

person in authority but to another person. The person to whom the statement was made may be deemed to be a person in authority in such circumstances and any inducements held out to him may vitiate the admissibility of the statement, either because that person is himself considered a person in authority or because the inducement is imputed to the person in authority who is in attendance: see *R.* v. *Demenoff* [1964] 1 C.C.C. 118 (B.C. C.A.); *R.* v. *Letendre* (1976) 25 C.C.C. (2d) 180 (Man. C.A.).

44. *Supra*, note 4, 664; see Kaufman, *supra*, note 10, 81-82.

45. *Rothman* v. *The Queen*, *supra*, note 4; *R.* v. *Towler* [1969] 2 C.C.C. 335 (B.C. C.A.). See also *R.* v. *Pettipiece*, *supra*, note 35; *R.* v. *Clot (No.1)* (1982) 69 C.C.C. (2d) 349 (Qué. S.C.); *R.* v. *Clot (No.3)* (1982) 69 C.C.C. (2d) 367 (Qué. S.C.).

46. *R.* v. *McAloon* (1959) 124 C.C.C. 182 (Ont. C.A.), approved in *Chan Wei Keung* v. *The Queen* [1967] 2 A.C. 160 (P.C.).

47. This characterization of voluntariness rule is consistent with what can be called the orthodox jurisprudence of the Supreme Court: see, *e.g.*, *Boudreau* v. *The King*, *supra*, note 14; *R.* v. *Fitton*, *supra*, note 14; *DeClercq* v. *The Queen*, *supra*, note 14; *R.* v. *Wray*, *supra*, note 14; *Rothman* v. *The Queen*, *supra*, note 4. Nevertheless, an important line of cases differs from the orthodox view in that it does not view Lord Sumner's criteria of promises or threats as exhaustive. This expansive approach, which would imply, for example, a general criterion of oppression, appeared to find some favour with members of the Supreme Court in *Horvath* v. *The Queen*, *supra*, note 14 and *Ward* v. *The Queen*, *supra*, note 14. Following the Court's decision in *Rothman*, *supra*, note 4, however, it is clear at least at the time of writing that the orthodox test is current law; accordingly, that is the position stated by the Commission in this synopsis of the law. The divergent views of voluntariness clearly represent different philosophical perspectives on the function of the confessions rule and the further consideration of the matter can be found, *infra*, in the second section of this part.

For an excellent analysis of the two approaches to voluntariness, see Del Buono, "Voluntariness and Confessions: A Question of Fact or Question of Law?" (1976) 19 Crim. L.Q. 100. See also Kaufman, *supra*, note 10, 106-112; Hutchinson & Withington, "*Horvath* v. *The Queen*: Reflections on the Doctrine of Confessions" (1980) 18 Osgoode Hall L.J. 146.

48. Consider the contrast between the notions of voluntariness in the

law of confessions and in the law under Part IV.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, am. by S.C. 1973-74, c. 50 (as am.): *Goldman* v. *The Queen* (1979) 51 C.C.C. (2d) 1, 23-24 *per* McIntyre J., 4 *per* Laskin C.J.C. (dissenting); *Rosen* v. *The Queen* (1979) 51 C.C.C. 65, 75 *per* McIntyre J., 69-70 *per* Laskin C.J.C. (dissenting).

49. Subject, of course, to the caveat that the question of admissibility is itself a question of law or at best one of mixed fact and law: *R.* v. *Murakami*, *supra*, note 14; *cf. Hobbins* v. *The Queen*, *supra*, note 14 and *Hobbins* v. *The Queen* (1980) 54 C.C.C. (2d) 353 (Ont. C.A.); *R.* v. *Turgeon*, *supra*, note 14. See also Del Buono, *supra*, note 47.

50. *Supra*, note 14, 962.

51. See *R.* v. *Albrecht*, *supra*, note 40, 288; *R.* v. *Letendre* (1979) 7 C.R. (3d) 320 (B.C. C.A.).

52. *Cf. Commissioners of Customs & Excise* v. *Harz & Power*, *supra*, note 20; *Deokinanan* v. *The Queen*, *supra*, note 35; *R.* v. *Towler*, *supra*, note 45; *R.* v. *Kalashnikoff* (1981) 21 C.R. (3d) 296 (B.C. C.A.).

53. See *D.P.P.* v. *Ping Lin* [1976] A.C. 574 (H.L.).

54. This issue was canvassed by the Supreme Court in *Horvath* v. *The Queen*, *supra*, note 14 and *Hobbins* v. *The Queen*, *supra*, note 14; see also *R.* v. *Miller & Cockriell* (1975) 24 C.C.C. (2d) 401 (B.C. C.A.), *aff'd* [1977] 2 S.C.R. 680; *R.* v. *Conkie* (1978) 3 C.R. (3d) 7 (Alta. S.C., App. Div.); *R.* v. *Kalashnikoff*, *supra*, note 52.

55. *Hobbins* v. *The Queen*, *supra*, note 14. See also *R.* v. *Draskovic* (1971) 5 C.C.C. (2d) 186 (Ont. C.A.); *R.* v. *Berger*, *supra*, note 35; *R.* v. *Griffin* (1981) 59 C.C.C. (2d) 503 (Ont. H.C.); *Sawchyn* v. *The Queen* [1981] 5 W.W.R. 207 (Alta. C.A.).

56. See, *e.g.*, *R.* v. *Robertson*, *supra*, note 33; *R.* v. *Materi & Cherrille* [1977] 2 W.W.R. 728 (B.C. C.A.); *R.* v. *Puffer, McFall & Kizyma* (1976) 31 C.C.C. (2d) 81 (Man. C.A.).

57. *R.* v. *Wray*, *supra*, note 14; *cf. Hogan* v. *The Queen* [1975] 2 S.C.R. 574. See also *R.* v. *Demers* (1970) 13 C.R.N.S. 338 (Qué. Q.B.); *R.* v. *Letendre*, *supra*, note 43; *R.* v. *Settee* (1975) 29 C.R.N.S. 104 (Sask. C.A.); *R.* v. *Louison* (1975) 26 C.C.C. (2d) 266 (Sask. C.A.); *R.* v. *Turcotte* (1979) 9 C.R. (3d) 354 (Qué. S.C.); *R.* v. *Guérin & Pimparé* (1979) 14 C.R. (3d) 1 (Qué. S.C.); *Cayer* v.

The Queen; *Sullivan* v. *The Queen* (1980) 16 C.R. (3d) 387 (Qué. C.A.); *R.* v. *Morin* (1980) 64 C.C.C. (2d) 90 (Alta. C.A.); *R.* v. *Stefiuk* (1981) 23 C.R. (3d) 389 (Man. Cty. Ct.); *R.* v. *Dinardo* (1981) 61 C.C.C. (2d) 52 (Ont. Cty. Ct.); *R.* v. *Spearman* (1982) 70 C.C.C. (2d) 371 (B.C. C.A.); *R.* v. *Owen* (1983) 4 C.C.C. (3d) 538 (N.S. S.C., App. Div.).

The assertion in the text must admit of some qualification by virtue of s. 24 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Part 1, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c.11 (U.K.) (hereinafter referred to as the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*). It is appropriate to comment very briefly upon the relationship between the confessions rule and the exclusion of evidence under subs. 24(2) of the Charter. The two exclusionary principles are quite distinct. A finding of involuntariness does not necessarily follow from a constitutional violation; similarly, proof of involuntariness at law does not imply a constitutional violation. The facts of a given case may coincidentally justify exclusion under either authority, just as the rationale for this sanction may to some extent inform both the confessions rule and subs. 24(2) of the Charter. In law, however, they are quite different rules.

58. *Boudreau* v. *The King*, *supra*, note 14, distinguishing *Gach* v. *The King*, *supra*, note 14.

59. *E.g.*, *R.* v. *Robertson*, *supra*, note 31; *R.* v. *McLeod* (1968) 5 C.R.N.S. 101 (Ont. C.A.); *R.* v. *Frank* (1969) 8 C.R.N.S. 108 (B.C. C.A.); *R.* v. *King, Gallipeau & Jariett* (1974) 27 C.R.N.S. 303 (Ont. C.A.); *R.* v. *Allen (No. 3)* (1979) 46 C.C.C. (2d) 553 (Ont. H.C.); *Alward & Mooney* v. *The Queen*, *supra*, note 14.

60. See, *e.g.*, *R.* v. *Yensen* (1961) 36 C.R. 339 (Ont. H.C.); *R.* v. *Wilson* (1970) 11 C.R.N.S. 11 (B.C. C.A.); *R.* v. *R. (No. 1)* (1972) 9 C.C.C. (2d) 274 (Ont. Prov. Ct.); *R.* v. *M.* (1975) 22 C.C.C. (2d) 344 (Ont. H.C.). For further discussion, see Kaufman, *supra*, note 10, ch. 11. It should be noted that the interrogation of young persons will in the future be regulated in large measure by the *Young Offenders Act*, S.C. 1980-81-82, c. 110.

61. *Helpard* v. *The Queen* (1979) 10 C.R. (3d) 76 (N.S. App. Div.); *R.* v. *Turcotte*, *supra*, note 57.

62. *E.g.*, *R.* v. *Koszulap* (1974) 20 C.C.C. (2d) 193 (Ont. C.A.); *R.* v. *Precourt* (1977) 36 C.R.N.S. 150 (Ont. C.A.).

63. See *R.* v. *Demenoff*, *supra*, note 43; *R.* v. *Letendre*, *supra*, note 43.

64. The British Columbia Court of Appeal emphasized the requirement of a causal link between the inducement and the statement in *R.* v. *Jackson* (1977) 34 C.C.C. (2d) 35, where the alleged inducement by the police was an undertaking not to charge a possible co-accused. While the statement of principle is clear in *Jackson*, the Court found no offence to the concept of voluntariness, thus revealing the signal importance of the facts in each case.

65. See generally Kaufman, *supra*, note 10, ch. 8.

66. *Walker* v. *The King*, *supra*, note 2; *Marshall* v. *The Queen*, *supra*, note 2.

67. See, *e.g.*, *R.* v. *Fex* (1973) 14 C.C.C. (2d) 188 (Ont. C.A.); *R.* v. *Slopek* (1974) 21 C.C.C. (2d) 362 (Ont. C.A.); *contra*, *R.* v. *Smith* (1973) 15 C.C.C. (2d) 113 (Alta. S.C., App. Div.). See also Henderson, *supra*, note 2. Judicial compulsion is quite a different matter: see note 2, *supra*.

68. See Report of the Task Force, *supra*, note 9, 180.

69. *Ward* v. *The Queen*, *supra*, note 14, 40. See also the gloss on *Ward* set out in *Nagotcha* v. *The Queen*, *supra*, note 14, *per* Laskin C.J.C.

70. *R.* v. *Santinon* (1973) 11 C.C.C. (2d) 121 (B.C. C.A.), approved in *Nagotcha* v. *The Queen*, *supra*, note 14; *R.* v. *Richard* (1980) 56 C.C.C (2d) 129 (B.C. C.A.). For further discussion of this matter, see Henderson, "Mental Incapacity and the Admissibility of Statements" (1980) 23 Crim. L.Q. 62.

71. This was the position apparently taken by the Court in *Ward* v. *The Queen*, *supra*, note 14; *Nagotcha* v. *The Queen*, *supra*, note 14; *Rothman* v. *The Queen*, *supra*, note 4, 674-675. See also, *e.g.*, *R.* v. *Herodoutou & Boulangouris* (1978) 40 C.C.C. (2d) 470 (Ont. Cty. Ct.).

72. See *R.* v. *Santinon*, *supra*, note 70; *R.* v. *Schwartz* (1973) 13 C.C.C. (2d) 41 (Ont. C.A.); *R.* v. *Muise* (1974) 22 C.C.C. (2d) 487 (N.S. S.C., App. Div.).

73. See *McKenna* v. *The Queen* [1961] S.C.R. 660. The analogy with *non est factum* was invoked in the Québec Superior Court in circumstances where the accused was incompetent to understand the language of the interrogation: see *R.* v. *Hatzopoulos* (1980) 27 C.R. (3d) 56; *R.* v. *Torres* (1980) 27 C.R. (3d) 60.

74. See note 71, *supra*. See also, *e.g.*, *R.* v. *Deslauriers* (1979) 50 C.C.C. (2d) 572 (B.C. S.C.).

75. Having done so, the burden to prove voluntariness, and admissibility, would remain with the Crown.

The text of subclause 69(2) is this:

> (2) The prosecution is not required to establish that a statement referred to in subsection (1) should be considered to be that of the accused unless the accused has discharged an evidential burden with respect to his physical or mental condition when he made the statement.

76. Following the decision in *Horvath* v. *The Queen*, *supra*, note 14, it appeared that the Court had construed oppression as an independent element of the voluntariness rule but subsequent cases, especially *Rothman*, suggest that the Court intended no such expansion. The issue still appears to be alive, however, after *Hobbins* v. *The Queen*, *supra*, note 14, decided after *Rothman*.

Oppression is, of course, expressly recognized in England: Judges' Rules (Home Office Circular No. 89/1978), principle l(e)). See *R.* v. *Fennell* (1881) 7 Q.B.D. 147; *Callis* v. *Gunn* [1964] 1 Q.B. 495; *R.* v. *Priestley* (1966) 50 Cr. App. R. 183 (C.C.A.); *R.* v. *Prager* [1972] 1 All E.R. 1114 (C.A.).

77. *E.g.*, *R.* v. *Demers*, *supra*, note 57; *R.* v. *Eaton* (1978) 39 C.C.C. (2d) 455 (Man. C.A.).

78. *E.g.*, *R.* v. *Koszulap*, *supra*, note 62.

79. See Report of the Task Force, *supra*, note 9, 180-183.

80. See *R.* v. *Thompson*, *supra*, note 38; *Monnette* v. *The Queen*, *supra*, note 19.

81. *Thiffault* v. *The King* [1933] S.C.R. 509. The rule is not restricted to persons in authority: *R.* v. *Wert* (1980) 12 C.R. (3d) 254 (B.C. C.A.). See also *R.* v. *Bloomfield, Cormier & Ettinger* (1973) 10 C.C.C. (2d) 398 (N.B. S.C., App. Div.); *R.* v. *Kacherowski* (1977) 37 C.C.C. (2d) 257 (Alta. S.C., App. Div.); *R.* v. *Precourt*, *supra*, note 62; *R.* v. *Conkie*, *supra*, note 39.

82. See *R.* v. *Chow, Tai & Limerick* (1979) 43 C.C.C. (2d) 215, 224 (B.C. C.A.); *R.* v. *Garfield* (1974) 21 C.C.C. (2d) 449 (C.M.A.C.). See also *R.* v. *Kacherowski*, *supra*, note 81.

83. See *R.* v. *Botfield*, *supra*, note 40; *R.* v. *Woodward* (1975) 23 C.C.C. (2d) 509 (Ont. C.A.).

84. See *R.* v. *Settee*, *supra*, note 57.

85. See Kaufman, *supra*, note 10, 38-41.

86. *E.g.*, *Mentenko* v. *The King* (1951) 12 C.R. 228 (Qué. K.B., App. Side); *R.* v. *Albrecht*, *supra*, note 38; *R.* v. *Pickett*, *supra*, note 16; *R.* v. *Precourt*, *supra*, note 62; *Ward* v. *The Queen*, *supra*, note 14; *Erven* v. *The Queen*, *supra*, note 14; *R.* v. *Hape* (1980) 61 C.C.C. (2d) 182 (Ont. C.A.); *R.* v. *Clow* (1982) 65 C.C.C. (2d) 407 (P.E.I. S.C., App. Div.).

87. This was the standard consolidated in *R.* v. *Thompson*, *supra*, note 80 and affirmed in *Ibrahim* v. *The King*, *supra*, note 7. Upon reading these cases, however, it is scarcely credible that the learned judges sitting on those appeals could have intended affirmative or satisfactory proof to be equated to mere proof upon probabilities. Even if they did, it would only make sense if this concept were accompanied by a broad exculsionary discretion.

88. In view of the traditional doctrine that an uncorroborated confession can suffice for conviction, this distinction is of capital importance. Indeed, without the higher standard, it would be theoretically possible to have a conviction upon probabilities. This result would be contrary to one of the fundamental rules in Anglo-Canadian criminal jurisprudence. It might, of course, be argued that with the lower burden a judge would exact a higher standard in cases where the statement provided all or most of the evidence. This surely is contrary to the need for certainty and exactitude in this area of the law. Moreover, it only affirms that the lower standard is tantamount to an inclusionary discretion, and one that is predicated upon fluctuating concepts of policy entertained by individual judges.

89. *Supra*, note 14.

90. *Supra*, note 4.

91. (1783) 1 Leach 263, 168 E.R. 234.

92. *Ibid.*

93. *Ibid.*, 263-264 (Leach), 234-235 (E.R.).

94. *Ibid.*, 264 (Leach), 235 (E.R.).

95. *Supra*, note 14.

96. *Supra*, note 32.

97. *Supra*, note 14, 287, quoting [1955] A.C. 197, 203 (P.C.).

98. *Noor Mohamed* v. *The King* [1949] A.C. 182 (P.C.).

99. *Supra*, note 14, 295.

100. *Ibid.*, 288.

101. *Supra*, note 32, 391.

102. *Supra*, note 14.

103. *Supra*, note 14, 279.

104. *Ibid.*, 280, quoting *R.* v. *Mazerall*, *supra*, note 21.

105. *Supra*, note 4, 660-661, submitted before the Ontario Court of Appeal and reproduced in the opinion of Martland J.

106. *Ibid.*, 661.

107. (1978) 42 C.C.C. (2d) 377, 386.

108. *Ibid.*, 385.

109. *Supra*, note 7, 614.

110. *Ibid.*, 610.

111. *Supra*, note 107, 384.

112. *Ibid.*, 385.

113. *Ibid.*, 389-390.

114. *Ibid.*, 386, quoting Freedman, *supra*, note 42.

115. *Supra*, note 4, 666.

116. *Ibid.*

117. *Ibid.*

118. *Supra*, note 14.

119. *Ibid.*, 400.

120. *Ibid.*, 408.

121. *Supra*, note 14.

122. *Ibid.*, 40.

123. *Ibid.*

124. *Supra*, note 4, 671-672.

125. The latter appears to be the position taken by the Court in *Nagotcha* v. *The Queen*, *supra*, note 14.

126. *Supra*, note 14.

127. (1976) 32 C.C.C. (2d) 416, 432 (N.B. S.C., App. Div.), quoted in the Supreme Court by Spence J., *supra*, note 14, 562.

128. *Supra*, note 14.

129. *Supra*, note 14.

130. *Supra*, note 4, 651.

131. *Supra*, note 14, 963.

132. *Ward*, *supra*, note 14, 40.

133. *Supra*, note 4, 646-647.

134. *Ibid.*, 649.

135. *Ibid.*, 650-651.

136. *Ibid.*, 652.

137. *Ibid.*, 653.

138. *Ibid.*, 654.

139. *Ibid.*, 696.

140. Law Reform Commission of Canada, *Evidence* (Ottawa: Information Canada, 1975). Mr. Justice Lamer was Vice-Chairman of the Commission when its Report on Evidence was published.

141. *Marcoux & Solomon* v. *The Queen* [1976] 1 S.C.R. 763.

142. *Supra*, note 4, 684.

143. R.S.C. 1970, c. C-34, subs. 178.16(3) (as am.).

144. S.C. 1980-81-82, c. 110, subs. 56(2).

145. *Supra*, note 7.

146. Law-reform agencies in Australia, England and the United States have endorsed this position.

Australia: Law Reform Commission (Commonwealth), *Criminal Investigation* (1975). The Commission's recommendations were substantially incorporated in the *Criminal Investigation Bill, 1977*, which was tabled but later died on the order paper. A similar bill, the *Criminal Investigation Bill, 1981*, was introduced in Parliament but it too died with the dissolution of Parliament before the recent election.

England: Royal Commission on Criminal Procedure, *Report*, Cmnd 8092 (1981). As a result of this Report, the Home Office released *Draft codes of practice for the treatment, questioning and identification of persons suspected of crime* (November, 1982). Codes of this kind would be promulgated by the Home Secretary under statutory authority, and they would thus not be instruments of ordinary legislation. Nevertheless, a comprehensive bill that covers many aspects of police powers and procedures, entitled the *Police and Criminal Evidence Bill*, was introduced in Parliament on 17 November 1982. At the time of writing, this bill had not been passed.

United States: American Law Institute, *Model Code of Pre-arraignment Procedure* (Washington, 1975). No state has yet adopted this code.

147. See *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 448 (as am.).

148. See *Rothman* v. *The Queen*, *supra*, note 4, 654, *per* Estey J.; see also Ratushny, *supra*, note 10, 97.

149. R.S.C. 1970, c. C-34.

> 469. (1) When the evidence of the witnesses called on the part of the prosecution has been taken down and, where required by this Part, has been read, the justice shall address the accused as follows or to the like effect:
>
> Having heard the evidence, do you wish to say anything in answer to the charge? You are not bound to say anything, but whatever you do say will be taken down in writing and may be given in evidence against you at your trial. You must clearly understand that you have nothing to hope from any promise of favour and nothing to fear from any threat that may have been held out to you to induce you to make any admission or confession of guilt, but whatever you now say may be given in evidence against you at your trial notwithstanding the promise or threat.

It should be noted, however, that the Government proposes the repeal of s. 469 by clause 200 of Bill S-33.

150. See Ratushny, *supra*, note 10, 191-254.

151. Committee on Corrections, *Report: Toward Unity, Criminal Justice and Corrections* (Ottawa: Information Canada, 1969).

152. Ontario, Royal Commission into Metropolitan Toronto Police Practices, *Report* (Toronto, 1976).

153. Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police, *Freedom and Security under the Law*, Second Report (Ottawa: Ministry of Supply and Services, 1981).

154. *Supra*, note 146.

155. *Supra*, note 14.

156. *Supra*, note 32.

157. *Supra*, note 9, 175.

158. R.S.C. 1970, c. C-34 (as am.).

159. *Supra*, note 9, 514 (Appendix 1).

160. [1970] S.C.R. 46.

161. [1980] 1 S.C.R. 471.

162. See *R.* v. *Biron* [1976] 2 S.C.R. 56, 77 *per* de Grandpré J., concurring.

163. In *R.* v. *Dedman*, *supra*, note 3, the Ontario Court of Appeal ruled that voluntary submission to the signals of a peace officer obviates any issue of compulsion, and that in such circumstances the question of detention does not arise. The case is, at the time of writing, on appeal before the Supreme Court of Canada.

164. This analysis, which was developed in preliminary versions of this Working Paper, was recently endorsed by Mr. Justice Tallis for a majority of the Saskatchewan Court of Appeal in *R.* v. *Therens* (1983) 33 C.R. (3d) 204, 222 (on appeal to the Supreme Court of Canada).

165. S.C. 1980-81-82, c.110.

166. See *infra*.

167. See text at note 25 and cases cited therein.

168. 384 U.S. 436 (1966).

169. 446 U.S. 291, 300-301 (1980) (footnotes omitted).

170. *Supra*, note 14.

171. *Supra*, note 14.

172. *Supra*, note 14.

173. For further discussion, see Williams, "The Authentication of Statements to the Police" [1979] Crim. L.R. 6; Great Britain, Home Office, Royal Commission on Criminal Procedure, *Police Interrogation: Tape Recording*, Research Study No. 8 (London: H.M.S.O., 1980).

174. *Supra*, note 9, 89-191; see also p. 513, paras. (x) and (y).

175. *Ibid.*, 190-191.

176. *Ibid.*

177. *Supra*, note 7, 610-611. See also subs. 178.16(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (as. am.).

178. *Supra*, note 4, 643-659, esp. 658-659.

179. *Supra*, note 9, 231.

180. *Supra*, note 146, para. 4.130, p. 115. In this passage the Commission summarizes arguments advanced by A. J. Ashworth in "Excluding Evidence as Protecting Rights" [1977] Crim. L.R. 723.

181. *Supra*, note 4.

182. See *ibid.*, 657 per Estey J., dissenting (Laskin C.J.C. concurring therein).

Appendix A

[See Recommendation 15]

RECORD OF STATEMENT

Name .....

Address .....

1. a) At the time of making this statement, was the person named above detained or in custody? .....(Yes/No)
   b) If yes, for what reason? .....
   .....

2. a) At the time of making this statement, was the person named above charged with the commission of a criminal offence? .....(Yes/No)
   b) If yes, specify offence, date and time of charge .....
   .....
   .....

3. If the person named above was not charged with a criminal offence or in custody, specify the reason for which that person was questioned .....
   .....

4. a) Did the person named above request the assistance of counsel? .....(Yes/No)
   b) Was counsel present at the time of questioning?
   .....(Yes/No)

Statement of .....

Date .....

Page .....

Statement of .....

Date .....

Endorsement by peace officer(s)

Place(s) where questioning occurred .....
Time questioning began .....
Time questioning concluded .....
Interruptions in questioning .....
Officer(s) present .....
.....
.....
Lawyer present .....
Others present .....
Date .....

Signature(s) .....
.....
.....

Appendix B

The following clauses in Bill S-33 are relevant to the discussion in this Working Paper. All are extracted from Part III of the Bill, entitled "Rules of Admissibility".

I. The general rule

> **22.**(1) Relevant evidence is admissible unless it is excluded pursuant to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, this Act or any other Act or law, and evidence that is not relevant is not admissible.
>
> (2) The court may exclude evidence the admissibility of which is tenuous, the probative force of which is trifling in relation to the main issue and the admission of which would be gravely prejudicial to a party.

II. Hearsay

A. *Exceptions where availability of declarant or testimony is immaterial*

> **62.**(1) The following statements are admissible to prove the truth of the matter asserted:
>
> [paras. (*a*) - (*e*) omitted]

(*f*) a statement as to the physical condition of the declarant at the time the statement was made, including a statement as to the duration but not as to the cause of that condition;

(*g*) a statement, made prior to the occurrence of a fact in issue, as to the state of mind or emotion of the declarant at the time the statement was made;

(*h*) a spontaneous statement made in direct reaction to a startling event perceived or apprehended by the declarant;

(*i*) a statement describing or explaining an event observed or an act performed by the declarant, made spontaneously at the time the event or act occurred;

[paras. (*j*) and (*k*) omitted]

B. *Statements of accused*

63. In this section and sections 64 to 70,

"person in authority" means a person having authority over the accused in relation to a criminal proceeding or a person who the accused could reasonably have believed had that authority;

"voluntary", in relation to a statement, means that the statement was not obtained by fear of prejudice or hope of advantage exercised or held out by a person in authority.

64. A statement, other than one to which paragraph 62(1)(*f*), (*g*), (*h*) or (*i*) applies, that is made by an accused to a person in authority is not admis-

sible at the instance of the prosecution at a trial or preliminary inquiry unless the prosecution, in a *voir dire*, satisfies the court on a balance of probabilities that the statement was voluntary.

65. In a *voir dire* held under section 64, the accused shall not be questioned as to the truth of his statement by the court or any adverse party.

66. The fact that a statement was required to be made under compulsion of statute shall not be considered in the determination of whether the statement was voluntary.

67. In determining whether a statement was voluntary, the court may consider the contents of the statement.

68. The accused may make an admission that his statement was voluntary for the purpose of dispensing with a *voir dire*.

69.(1) A statement otherwise admissible under section 64 shall not be received in evidence where the physical or mental condition of the accused when he made the statement was such that it should not be considered to be his statement.

(2) The prosecution is not required to establish that a statement referred to in subsection (1) should be considered to be that of the accused unless the accused has discharged an evidential burden with respect to his physical or mental condition when he made the statement.

70. Where an accused in making a statement was unaware that he was dealing with a person in authority, the

statement shall be treated as having been made to a person other than a person in authority.

71. Where a statement is admitted in evidence at a preliminary inquiry, the evidence adduced by the prosecution at the *voir dire* on the admissibility of the statement shall, without further proof, form part of the evidence in the preliminary inquiry.

72. A statement ruled inadmissible under section 64 is not rendered admissible in whole or in part by the subsequent finding of confirmatory real evidence within the meaning of section 160, but evidence is admissible to show that the real evidence was found as a result of the statement or that the accused knew of the nature, location or condition of the real evidence.

Commission de réforme du droit du Canada

Law Reform Commission of Canada

DROIT PÉNAL

l'interrogatoire des suspects

Document de travail 32

Canada

L'INTERROGATOIRE DES SUSPECTS

On peut obtenir ce document gratuitement en écrivant à:

Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert, 7e étage
Ottawa, Canada
K1A 0L6

ou

Bureau 310
Place du Canada
Montréal (Québec)
H3B 2N2

©Ministère des Approvisionnements et Services Canada 1984
N° de catalogue J32-1/32-1984
ISBN 0-662-52916-2

Commission de réforme
du droit du Canada

Document de travail 32

L'INTERROGATOIRE DES SUSPECTS

1984

Avis

Ce document de travail présente l'opinion de la Commission à l'heure actuelle. Son opinion définitive sera exprimée dans le rapport qu'elle présentera au ministre de la Justice et au Parlement, après avoir pris connaissance des commentaires faits dans l'intervalle par le public.

Par conséquent, la Commission serait heureuse de recevoir tout commentaire à l'adresse suivante:

Secrétaire
Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert
Ottawa, Canada
K1A 0L6

La Commission

M. le juge Allen M. Linden, président
M. le professeur Jacques Fortin, vice-président
M^e^ Louise Lemelin, c.r., commissaire
M^e^ Alan D. Reid, c.r., commissaire
M^e^ Joseph Maingot, c.r., commissaire

Secrétaire

Jean Côté, B.A., B.Ph., LL.B.

Coordonnateur, procédure pénale

Calvin A. Becker, B.A., LL.B., LL.M., Ph.D.

Expert-conseil principal

Patrick Healy, B.A. (Hons), B.C.L.

Table des matières

INTRODUCTION 1

PREMIÈRE PARTIE: Le droit applicable 5

I. La règle du caractère volontaire des déclarations 5

A. *Le champ d'application de la règle* 8
B. *La personne en situation d'autorité* 11
C. *Le caractère volontaire des déclarations* 13
(1) La conception classique 13
(2) Les approches nouvelles 16
a. *La capacité* 16
b. *L'interrogatoire oppressif* 17
D. *Le fardeau de la preuve* 18

II. Le fondement de la règle 19

A. *Introduction* 19
B. L'arrêt R. *c.* Wray 22
C. L'arrêt Rothman *c.* La Reine 28

III. Conclusion 43

DEUXIÈME PARTIE: Propositions de réforme 47

I. Recommandation préliminaire 47

II. Règles régissant l'interrogatoire des suspects 53

Chapitre I — Dispositions préliminaires 53

A. *Application* 53
Recommandation 2 53
Recommandation 3 57
Recommandation 4 58
B. *Interprétation* 58
Recommandation 5 58
Chapitre II — Règles générales 61
Recommandation 6 61
Recommandation 7 63
Recommandation 8 63
Chapitre III — Formalités d'enregistrement 64
A. *L'interrogatoire hors du poste de police ou de la prison* 64
Recommandation 9 64
B. *L'interrogatoire au poste de police ou en prison* 64
(1) L'enregistrement de l'interrogatoire 64
Recommandation 10 64
Recommandation 11 64
(2) L'interrogatoire qui n'est pas enregistré 65
Recommandation 12 65
Chapitre IV — Mise en vigueur 67
Recommandation 13 67
Recommandation 14 72
Chapitre V — Recommandation finale 74
Recommandation 15 74

TROISIÈME PARTIE: Sommaire des recommandations 75

RENVOIS 81

ANNEXE A: Procès-verbal de déclaration 105

ANNEXE B: Dispositions pertinentes du projet de loi S-33 ... 109

[TRADUCTION]

Le but d'un procès criminel est de faire régner la justice. La recherche de la justice est-elle synonyme de la recherche de la vérité? Il semblerait que oui dans la plupart des cas. La vérité et la justice finissent par émerger de façon simultanée. Mais ce n'est pas toujours le cas. Il ne faut pas non plus conclure à l'échec du processus judiciaire si celui-ci n'aboutit pas en même temps à la justice et à la vérité. Une telle conséquence peut résulter de l'intention du législateur. La loi édicte par exemple que le témoignage d'une épouse ne peut servir en preuve contre son époux. Une telle règle n'aurait pas sa place dans l'hypothèse où le seul but visé serait la recherche de la vérité. En effet, dans bon nombre de cas, le témoignage de l'épouse contribuerait à l'établissement de la vérité. Toutefois, la loi tient également compte d'autres valeurs. Le caractère sacré du mariage entre en ligne de compte. Obliger une épouse à témoigner contre son époux porterait atteinte à nos valeurs morales. Afin d'éviter cela, la loi opte pour le moindre de deux maux et permet de terminer l'affaire en l'absence de certains éléments de preuve. Il est certes admirable d'atteindre la vérité, mais pas à n'importe quel prix. «Comme toute autre chose intéressante, la vérité peut être idôlatrée, être recherchée trop avidement et coûter cher.»

Le but recherché est donc la justice et c'est dans les grands principes de celle-ci que l'on peut trouver le véritable fondement de la règle d'exclusion des déclarations extorquées. Comme je l'ai mentionné précédemment, le principal motif d'exclusion de telles déclarations est sans doute le danger qu'elles soient fausses. Mais il existe d'autres raisons que certains juges nient catégoriquement, que certains affirment ouvertement et que d'autres enfin reconnaissent tacitement — dans ce dernier cas, il s'agit peut-être de l'un de ces principes inexprimés sur lesquels sont fondées bien des décisions. Toutes ces raisons sont ancrées solidement dans l'histoire. Elles évoquent le souvenir de supplices et de tortures, elles se rattachent au combat pour la liberté individuelle et elles reflètent une forte préoccupation à l'égard de l'intégrité de l'administration de la justice.

L'honorable juge Samuel Freedman,
ancien juge en chef
de la Cour d'appel du Manitoba,
"Admissions and Confessions" dans Salhany et Carter,
***Studies in Canadian Criminal Evidence* (1972), 99**
(note exclue).

Introduction

Pour être efficace, un policier doit être en mesure de poser des questions aux personnes qui pourraient faciliter l'aboutissement d'une enquête criminelle. Ces personnes ont une obligation morale de fournir tout renseignement pertinent mais on ne peut les y contraindre[1]. Hormis certaines circonstances prévues par la loi, les policiers n'ont pas le droit d'exiger des réponses à leurs questions[2]. En outre, ils ne peuvent exercer leurs pouvoirs d'arrestation dans le seul but d'interroger une personne[3].

Tous les citoyens ont l'obligation de prêter leur assistance mais la loi reconnaît depuis fort longtemps que l'on ne peut en principe autoriser des préposés de l'État à contraindre les suspects et les accusés à répondre à des questions ou à faire des déclarations. Une telle autorisation équivaudrait à leur conférer un pouvoir de contraindre des personnes à faire des déclarations incriminantes ou des aveux. L'absence de toute obligation de répondre à des questions correspond au droit de garder le silence. Ainsi, au pouvoir de poser des questions s'oppose le droit de garder le silence[4]. La police et le ministère public ne peuvent s'attendre à ce qu'un suspect ou un inculpé leur prête son concours dans la constitution du dossier et de la preuve qui serviront contre lui. Dans un système de droit de type accusatoire, ce principe n'a d'égal que celui de la présomption d'innocence[5].

Le droit d'un policier d'interroger le suspect et le droit du suspect de garder le silence représentent deux intérêts qui s'opposent dans l'administration de la justice pénale. Le premier est essentiel pour faire avancer l'enquête et, par voie de conséquence, pour favoriser la sécurité publique. Le deuxième garantit le droit du citoyen de ne pas s'incriminer[6]. Afin d'équilibrer les intérêts que représentent ces deux droits opposés, les tribunaux de common law ont élaboré des règles de preuve pour régir la recevabilité des déclarations extrajudiciaires. Le principe fondamental qu'ils ont retenu à cet effet est la règle du caractère libre et volontaire des déclarations.

Depuis qu'elle a été formulée pour la première fois au dix-huitième siècle jusqu'à ce qu'elle prenne sa forme définitive au vingtième, la règle du caractère volontaire des déclarations a été perçue à la fois comme règle de preuve et comme ligne de conduite devant les tribunaux[7]. Au Canada, les principaux critères d'application de la règle sont bien définis et peuvent être relevés assez rapidement. Toutefois, la jurisprudence volumineuse nous rappelle que l'application de la règle n'est pas sans difficulté. Par ailleurs, la raison d'être de cette règle est sans cesse remise en question.

Le présent document de travail est fondé sur le principe suivant lequel il est juste et équitable d'admettre en preuve des déclarations faites à des policiers par des suspects ou des accusés dans la mesure où ces derniers connaissaient les conséquences de ces déclarations. Bien que nous ne préconisions pas l'interdiction de chercher à obtenir des déclarations de ces personnes dans le cadre d'une enquête policière, de telles déclarations ne peuvent être présumées volontaires, à notre avis, que s'il est prouvé que l'accusé a préalablement été mis en garde contre le danger de les faire. Pour la Commission, le caractère volontaire d'une déclaration faite par un suspect ou par un accusé ne peut être déterminé adéquatement au moyen d'un examen rétrospectif des circonstances dans lesquelles elle a été faite à moins que des règles régissant l'interrogatoire des suspects n'aient été suivies.

Le caractère volontaire des déclarations ne relève pas uniquement de la preuve mais aussi de la procédure, car il dépend de la façon dont elles ont été obtenues et enregistrées. Bien que nous croyions que le critère d'admissibilité des déclarations est le caractère volontaire, nous pensons que cet aspect procédural devrait être défini. Bien entendu, nos recommandations influeraient sur l'application de la règle du caractère volontaire. Mais la présente étude n'a pas pour but de résoudre les vieilles divergences d'opinions en droit anglo-canadien à propos des règles de preuve relatives aux aveux. Compte tenu de la nécessité d'assurer une application efficace de la loi et de protéger les suspects, notre but est de normaliser la procédure d'obtention des déclarations. Dans nos recommandations, nous tentons d'énoncer des normes facilitant la détermination du caractère volontaire des déclarations faites par des suspects à des policiers ainsi que des critères d'admissibilité de ces déclarations.

Le gouvernement propose la refonte et la codification de la règle du caractère volontaire et de ses règles accessoires. Ainsi, les articles 63 à 72 du projet de loi S-33 sont extrêmement importants[8]. Ils énoncent en effet la politique gouvernementale et donnent une certaine idée des limites qui sont fixées à la réforme des règles relatives aux aveux. Du reste, il ne peut y avoir de plus gros obstacle à une réforme radicale qu'un projet de loi ou une nouvelle loi. En rédigeant le présent document de travail, la Commission a présumé que la recevabilité des déclarations extrajudiciaires faites par un accusé à une personne en situation d'autorité sera assujettie aux règles de common law actuelles ou à des dispositions législatives semblables à celles qui sont édictées dans le projet de loi S-33. Certes, de telles dispositions apporteraient certaines modifications au droit actuel mais elles sont remarquables principalement par leur manque d'innovation et fournissent donc un moyen utile d'examiner les caractéristiques essentielles du droit canadien actuel en matière de recevabilité des aveux. Dans la mesure où elles tracent les limites de la réforme, de telles dispositions nous dispensent également de procéder à une analyse historique exhaustive de l'évolution de la règle relative aux aveux en common law. Dans le présent document de travail, il est souvent fait référence aux dispositions pertinentes du projet de loi S-33 ainsi qu'au rapport dont il émane, remis par le Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve[9].

La jurisprudence et la doctrine sont un corps imposant de règles et de principes régissant l'admissibilité des déclarations extrajudiciaires. Il ressort de la jurisprudence que les règles relatives aux aveux soulèvent des questions de principe qui ne peuvent faire l'unanimité et au sujet desquelles un large consensus est extrêmement difficile à réaliser. Ce document de travail n'est pas une étude sur le droit régissant les aveux ni un exposé sur la théorie du droit comparé[10]. En effet, la Commission ne fait qu'exprimer son point de vue sur ce qu'elle considère comme des questions importantes en matière d'interrogatoire des suspects. Notre but est d'établir un régime pratique pour le déroulement de ces interrogatoires. Dans les pages qui suivent, la Commission présente d'abord un résumé de la règle du caractère volontaire des déclarations ainsi qu'un sommaire des divergences de vues sur son rôle en droit pénal canadien exprimées récemment par des juges de la Cour suprême du Canada. La première partie est donc didactique. Dans la seconde partie, la Commission formule ses propositions de réforme.

Ni l'exégèse de la loi ni une prise de position sur de délicates questions de principe ne peuvent justifier une réforme quelconque du droit. Comme sur toute autre question en litige dans les milieux juridiques, diverses écoles professent des opinions fort divergentes sur les règles de droit régissant l'interrogatoire des suspects et l'on s'attend à ce que le régime proposé dans le présent document de travail ne puisse satisfaire tout le monde. Destiné à servir de rouage de l'administration de la justice pénale, le régime proposé doit être apprécié suivant ses qualités intrinsèques. Selon nous, il n'est pas contraire à la Constitution et il améliorerait grandement les règles régissant l'interrogatoire policier. Nous pensons également que le régime proposé dans le présent document de travail réalise un juste équilibre entre les droits du suspect et l'intérêt public dans l'administration de la justice pénale.

PREMIÈRE PARTIE

Le droit applicable

I. La règle du caractère volontaire des déclarations

L'interrogatoire est l'une des nombreuses méthodes employées par la police pour obtenir des renseignements et des éléments de preuve. On en constate l'importance par le nombre de causes où une déclaration faite en réponse à un interrogatoire policier constitue le seul élément de preuve dont dispose la Couronne ou le seul élément de preuve pouvant étayer, hors de tout doute raisonnable, une thèse qui, autrement, aurait peu de valeur probante. L'interrogatoire peut également permettre de dissiper les soupçons qui pèsent sur des personnes innocentes. En bref, l'interrogatoire est une procédure nécessaire pour l'application efficace de la loi.

Contrairement à d'autres méthodes d'obtention de renseignements comme l'écoute électronique ou les fouilles, les perquisitions et les saisies, l'interrogatoire policier n'a jamais été réglementé au Canada. Cette différence s'explique notamment par le fait que la perquisition et l'écoute électronique sont des pouvoirs d'investigation permettant d'obtenir des éléments de preuve ou des renseignements. Par conséquent, l'existence de motifs raisonnables et probables est habituellement une condition préalable à l'application de telles méthodes. De plus, l'application de ces méthodes d'investigation porte atteinte à la vie privée des citoyens. Un interrogatoire policier ne veut pas nécessairement dire que la personne interrogée a participé à la perpétration d'une infraction et cette procédure ne porte pas atteinte à la vie privée de la même façon que l'exercice de pouvoirs de perquisition ou d'écoute électronique. Comme tout citoyen qui est libre d'adresser la parole à un autre citoyen, le policier est libre d'interroger quelqu'un s'il le désire, sauf que dans ce cas, il agit à titre de préposé de la Couronne dans l'exercice de ses fonctions.

Certaines règles de preuve, en particulier la règle d'exclusion formulée dans l'affaire *Ibrahim* v. *The King*[11], régissent indirectement l'interrogatoire policier. La règle qui, au Canada comme dans la plupart des pays dont les règles de preuve proviennent du common law, régit l'admissibilité des déclarations extrajudiciaires en matière pénale a été formulée par lord Sumner, du Comité judiciaire du Conseil privé, de la façon suivante:

> [TRADUCTION]
> C'est une règle formelle du droit criminel anglais depuis longtemps établie qu'aucune déclaration d'un accusé n'est recevable contre lui à titre de preuve, à moins que l'accusation ne prouve qu'il s'agit d'une déclaration volontaire, c'est-à-dire qui n'a pas été obtenue par crainte d'un préjudice ou dans l'espoir d'un avantage dispensé ou promis par une personne ayant autorité[12].

Ce principe est devenu une «règle formelle» du droit pénal canadien en 1922 dans un jugement prononcé par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Prosko* v. *The King*[13]. L'*obiter dictum* de lord Sumner ou le principe qui s'en dégage ont été confirmés à maintes reprises par la suite[14]. C'est peut-être *en raison de* son éloquence et de sa précision que la formule de lord Sumner fait autorité comme s'il s'agissait d'une disposition législative. La controverse dont font l'objet l'interprétation de la règle relative aux aveux et le rôle de cette règle dans l'administration de la justice pénale, est en partie attribuable à lord Sumner lui-même. En effet, la notoriété de ce passage de son jugement a fait de ce principe une espèce de cheval de bataille pour les tenants de diverses thèses.

Étant donné que la preuve d'une déclaration extrajudiciaire faite par l'inculpé à une personne en situation d'autorité constitue, par définition, une forme de preuve par ouï-dire lorsqu'elle est présentée par le ministère public, les règles particulières du projet de loi S-33 concernant l'admission en preuve de ces déclarations font partie des exceptions à la règle générale de l'irrecevabilité de la preuve par ouï-dire. Toutefois, les déclarations extrajudiciaires sont présumées irrecevables à moins que le ministère public n'en établisse le caractère volontaire. S'il réussit, la déclaration est admissible, quoique le projet de loi, comme l'ancienne règle de common law, confère au juge de première instance le pouvoir discrétionnaire d'exclure une déclaration recevable dont les conséquences préjudiciables dépassent la valeur probante[15].

Les articles 63 et 64 du projet de loi énoncent les principaux éléments du droit actuel:

> **63.** Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article et aux articles 64 à 70.
>
> «déclaration spontanée» Déclaration qui n'a pas été faite dans la crainte d'un préjudice de la part d'un responsable ni dans l'espoir d'en obtenir un avantage.
>
> «responsable» Personne qui détient une autorité sur l'inculpé en matière criminelle ou personne que l'inculpé pouvait être fondé à croire investie d'une telle autorité.
>
> **64.** Le poursuivant ne peut produire en preuve au procès ou à l'enquête préliminaire une déclaration, autre qu'une déclaration visée aux alinéas 62(1)*f*), *g*), *h*) ou *i*), faite par l'inculpé à un responsable que si, lors d'un voir-dire tenu à cette fin, elle établit, sur preuve par présomptions, que cette déclaration était spontanée.

Hormis la diminution du degré de preuve imposé au ministère public, ces dispositions reprennent les éléments essentiels tant du droit ancien que du droit nouveau. À la façon du common law, le projet de loi S-33 édicte que la règle du caractère volontaire ne s'applique que lorsqu'une déclaration est faite à une personne en situation d'autorité. Pour déterminer le caractère volontaire d'une déclaration, il faut procéder à un voir-dire, qui est un procès présidé uniquement par le juge du droit et dont l'objet est de déterminer l'admissibilité d'une preuve[16]. Ainsi, une déclaration extrajudiciaire ne peut être produite devant le juge du fond ni, dans le cas d'une enquête préliminaire[17] ou d'un procès devant un juge seul[18], être soupesée par le juge du fond avant d'avoir été jugée admissible, une fois établi son caractère volontaire[19].

En ce qui concerne l'interrogatoire des suspects, les éléments essentiels de cette règle peuvent être examinés sous les quatre

rapports suivants: le champ d'application de la règle, la personne en situation d'autorité, le caractère volontaire de la déclaration et, enfin, le fardeau de la preuve.

A. *Le champ d'application de la règle*

Il n'y a pas lieu de distinguer, en appliquant la règle du caractère volontaire des déclarations, entre les déclarations incriminantes et justificatives de l'accusé ni entre les confessions et les aveux d'un fait essentiel à la détermination de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé[20]. Toutefois, il existe manifestement trois exceptions à la règle du caractère volontaire des déclarations extrajudiciaires et à l'obligation de tenir un voir-dire pour décider de leur admissibilité[21].

Premièrement, après quelques hésitations[22], la Cour suprême du Canada a statué, dans l'affaire *Park* c. *La Reine*, que l'accusé pouvait renoncer en connaissance de cause à la tenue d'un voir-dire[23]. Cette décision est codifiée à l'article 68 du projet de loi S-33. Étant donné que cette renonciation constitue une admission du caractère volontaire des déclarations, celles-ci peuvent être admises en preuve sans enquête. Même si le projet de loi est muet sur ce point, la Cour suprême a jugé en l'espèce que le président du tribunal devrait avoir le pouvoir discrétionnaire d'ordonner la tenue d'un voir-dire afin de s'assurer que la renonciation de l'accusé a été faite en connaissance de cause[24].

La deuxième exception à l'obligation de tenir un voir-dire est le cas des déclarations qui constituent en soi une infraction[25]. Cette question relève autant de la logique que du droit et le projet de loi S-33 n'en fait aucunement mention. Comme les déclarations sont des actes, elles sont prouvées comme des faits. Lorsque ces faits constituent la matière d'une infraction, l'obligation d'en prouver le caractère volontaire équivaut à l'obligation de prouver l'intention de commettre l'infraction. En effet, poussé à l'extrême, ce principe rendrait impossible toute description de l'infraction. Étant donné qu'un aveu constitue un élément de preuve de l'infraction plutôt que l'infraction elle-même, il est absurde de dire que l'on doit prouver le caractère volontaire d'une déclaration qui fait partie de l'infraction ou qui constitue en soi l'infraction quoique dans de telles circonstances, la preuve de l'incitation par des promesses ou des menaces pourrait être pertinente dans le cas où le moyen de

défense invoqué serait la défense de piège, la provocation ou la légitime défense.

Troisièmement, l'article 64 du projet de loi S-33, qui renvoie au paragraphe 62(1), édicte que la règle du caractère volontaire des déclarations ne s'applique pas à certains types de déclarations.

> **62.** (1) Sont recevables comme preuve de leur véracité:
>
> ...
>
> *f*) la déclaration concernant l'état physique de son auteur à l'époque où elle a été faite, y compris la déclaration quant à la durée mais non quant à la cause de cet état;
>
> *g*) la déclaration faite avant la survenance des points contestés, quant à l'état d'esprit ou l'état émotionnel de son auteur au moment de cette déclaration;
>
> *h*) la déclaration spontanée faite en réaction immédiate à un événement saisissant réel ou appréhendé;
>
> *i*) la déclaration décrivant ou expliquant un événement observé ou un acte accompli par son auteur si cette déclaration a été faite de façon spontanée à l'époque de cet événement ou de cet acte.

Ces dispositions regroupent certaines exceptions reconnues à la règle de l'interdiction du ouï-dire ainsi que les déclarations qui, en common law, auraient été jugées recevables en vertu de la doctrine des *res gestae*[26]. En rendant admissibles ces déclarations comme preuve de leur véracité, ces dispositions entraîneraient la disparition, en droit canadien, de cet euphémisme latin et résoudraient l'incertitude qui subsiste en ce qui a trait au fondement de l'admissibilité des déclarations spontanées[27]. Elles mettraient également fin à toute discussion sur un point qui n'a jamais été tranché

par la Cour suprême du Canada: une déclaration de *res gestae* est-elle inadmissible en l'absence d'une preuve du caractère volontaire faite lors d'un voir-dire ou, au contraire, un aveu inadmissible devient-il admissible s'il fait partie des *res gestae*? C'est le juge Dickson de la Cour suprême du Canada qui, dans l'affaire *Erven* c. *La Reine*, a exprimé le plus clairement son point de vue sur cette question. Selon lui, bien que les aveux et les déclarations faisant partie des *res gestae* soient admissibles pour des raisons différentes, cela ne veut pas dire que les règles régissant l'admissibilité des aveux et celles qui régissent l'admissibilité des déclarations s'excluent mutuellement:

> Les déclarations ne devraient pas s'insinuer dans la preuve sans voir-dire sous prétexte qu'elles font partie de la *res gestae* ... Les règles concernant la *res gestae* sont des règles de droit positif relatives au ouï-dire et à l'admissibilité de la preuve. Elles ne touchent pas la procédure qui sert à décider de l'admissibilité des déclarations faites à des personnes ayant autorité. L'admissibilité des déclarations, qui font partie de la *res gestae*, est une exception à la règle générale d'exclusion du ouï-dire. Comme toutes les déclarations d'un accusé, elles sont soumises à l'exigence générale du caractère volontaire. Afin de décider si elles sont volontaires et si elles font en fait partie de la *res gestae* ou sont recevables pour d'autres raisons, ces déclarations doivent être examinées par le juge dans un voir-dire, en l'absence du jury[28].

Vu sous cet angle, un aveu inadmissible ne pourrait jamais être admis en preuve en vertu de la doctrine des *res gestae* car la preuve du caractère volontaire de ces deux types de déclarations doit être faite lors d'un voir-dire si elles ont été faites à une personne en situation d'autorité. Il n'est pas certain que l'opinion exprimée par le juge Dickson constitue la règle formelle à l'heure actuelle[29], mais il ne fait pas de doute que la position du gouvernement énoncée dans le projet de loi S-33 va tout à fait à l'encontre de celle du juge Dickson. En faisant la distinction entre les deux types de déclarations extrajudiciaires et, par voie de conséquence, en reconnaissant formellement l'existence de critères d'admissibilité distincts, les dispositions du projet de loi S-33 apportent une certaine rigueur sinon sur le plan des principes, tout au moins sur le plan intellectuel, dans l'application des règles sur un point de droit obscur. Ainsi, l'article 64 exigerait une qualification préalable. De plus, afin d'empêcher qu'un préjudice grave soit causé à l'accusé, il serait nécessaire de tenir un voir-dire afin de déterminer si la déclaration en cause est assujettie à la règle

ou tombe sous le coup d'une des exceptions énumérées. Si la déclaration est assujettie à la règle, il faut en déterminer le caractère volontaire. Par ailleurs, si la déclaration tombe sous le coup d'une exception, elle serait jugée admissible[30].

Hormis les trois exceptions susmentionnées, l'admissibilité des autres déclarations extrajudiciaires dépend de la preuve du caractère volontaire faite par le ministère public lors d'un voir-dire[31]. En règle générale, le terme «déclaration» ne pose pas de difficulté mais il faut noter qu'un comportement traduisant une assertion peut également constituer une déclaration[32]. Cette extension sémantique se retrouve dans la définition donnée à l'article 2 du projet de loi S-33:

> «déclaration» Assertion verbale, enregistrée ou consignée. Vaut déclaration tout comportement susceptible de passer normalement pour une intention d'assertion.

Par conséquent, si un enquêteur présente à l'accusé un objet de contrebande et lui demande si cet objet est le sien, un signe d'acquiescement de la tête équivaudra à une reconnaissance de possession. Aux fins du présent document de travail, soulignons que la définition du terme «déclaration» a pour effet d'assimiler les comportements traduisant une intention d'assertion à la preuve testimoniale, par opposition à la preuve matérielle. Par conséquent, compte tenu de cette définition, l'article 64 semble obliger le ministère public à prouver, lors d'un voir-dire, le caractère volontaire de tout comportement de l'accusé en présence d'une personne en situation d'autorité qui traduit une intention d'assertion[33].

B. *La personne en situation d'autorité*

Comme nous l'avons mentionné précédemment, la règle du caractère volontaire ne s'applique que lorsque la déclaration en cause est faite à une personne en situation d'autorité selon la loi. Ce critère, qui existe en common law, est codifié par le projet de loi S-33. Les déclarations extrajudiciaires faites par l'accusé à d'autres personnes sont admissibles sans preuve du caractère volontaire à titre de déclarations faites par une partie contre ses intérêts. Bien entendu, il est tout à fait naturel que des déclarations

extrajudiciaires faites à des personnes en situation d'autorité dans le cadre d'une investigation criminelle et d'une poursuite pénale soient habituellement faites à des policiers, mais l'expression «personne en situation d'autorité» n'est pas limitative[34]. Par conséquent, au point de vue pratique, c'est d'après ces critères que l'on doit fixer la portée de la règle. Vu l'absence d'une définition précise, les tribunaux ont défini la personne en situation d'autorité comme étant une personne que l'accusé peut être fondé à croire en mesure d'influencer la poursuite dirigée contre elle[35]. Ces critères peuvent donner lieu à une interprétation large ou à une interprétation stricte. Au sens le plus large, c'est toute personne qui participe directement à l'arrestation de l'auteur présumé de l'infraction ou à l'enquête ou à la poursuite relative à un crime[36]. Selon l'interprétation stricte, ce critère exclut toute personne qui ne paraît pas avoir été investie d'une autorité par l'État[37]. Toutefois, les tribunaux n'ont pas toujours adopté cette interprétation stricte et ont jugé que les employeurs[38], le personnel médical[39], les détectives privés[40] et les victimes[41] pourraient être considérés comme des personnes en situation d'autorité. Encore une fois, la solution dépend entièrement des circonstances de chaque cas particulier.

Il importe de souligner que dans ce contexte, le mot «autorité» n'est pas défini par rapport aux menaces ou aux promesses prétendument faites par la personne ayant reçu la déclaration ni par rapport à sa capacité de mettre à exécution ces menaces ou de remplir ces promesses. L'existence de telles incitations et leur effet éventuel servent tout au plus à apprécier le caractère volontaire des déclarations et ne sont pas des conditions d'application de la règle[42]. Pour identifier une personne en situation d'autorité, le critère principal est le degré de pouvoir ou de contrôle que l'accusé peut raisonnablement percevoir chez la personne à qui il fait une déclaration, quoique, dans les circonstances, l'existence d'une incitation embrouillera sans doute sa perception[43]. Bien que le caractère raisonnable de la croyance de l'accusé soit un critère essentiellement objectif, la majorité des juges de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Rothman* c. *La Reine* a jugé que ce critère était essentiellement subjectif[44]. En outre, cette règle d'interprétation est énoncée à l'article 70 du projet de loi S-33 dans les termes suivants:

> Une déclaration est réputée avoir été faite à une personne autre qu'un responsable si l'inculpé ignorait que la personne à qui il faisait cette déclaration était une personne en autorité.

Ainsi, si l'accusé ne croit pas que son interlocuteur est une personne en situation d'autorité ou si on peut lui laisser croire que son interlocuteur n'est pas une personne en situation d'autorité, la règle du caractère volontaire ne s'applique pas[45]. Cette définition de la personne en situation d'autorité donne toute latitude aux personnes cherchant à obtenir des déclarations pour dissimuler leur véritable identité au moyen de ruses et de subterfuges. Elle écarte également l'interdiction d'obtenir des déclarations au moyen d'incitations faites par une personne déguisée.

C. *Le caractère volontaire des déclarations*

(1) La conception classique

Bien entendu, la preuve du caractère volontaire est le critère formel d'admissibilité d'une déclaration extrajudiciaire faite par l'accusé à une personne en situation d'autorité et produite en preuve par le ministère public. Dans tout autre cas, le mode d'obtention d'une déclaration n'influe que sur la valeur probante que peut lui accorder le juge du fond[46]. Tout comme en common law, le caractère volontaire est défini dans le projet de loi S-33 comme l'absence de promesses ou de menaces de la part d'une personne en situation d'autorité[47]. Par conséquent, une déclaration volontaire est une déclaration faite librement sans aucune incitation par des promesses ou des menaces. Il ne s'agit pas nécessairement d'une déclaration faite par une personne qui comprend bien toutes les conséquences juridiques qui pourraient en découler[48].

Le genre d'incitation qui a pour effet de vicier l'admissibilité d'une déclaration est aussi difficile à définir de façon positive que le principe du caractère volontaire lui-même. Sur ce point, le projet de loi S-33 ne déroge pas aux règles antérieures et il faut donc présumer que les principes d'interprétation du common law restent en vigueur dans la mesure où le projet de loi n'énonce aucun critère d'admissibilité des déclarations. Au cours du voir-dire, le juge doit se prononcer essentiellement sur une question de fait[49] dont le critère déterminant est l'existence d'une relation de cause à effet entre le comportement d'une personne en situation d'autorité et la déclaration elle-même. Pour déterminer le caractère volontaire de la déclaration, le président du tribunal doit examiner toutes les circonstances dans lesquelles la déclaration a été faite. C'est pourquoi il est impossible de déterminer systématiquement quel

genre de comportement rend une déclaration irrecevable. Voici comment le juge Rand a, dans l'affaire *R.* v. *Fitton*, souligné l'importance des faits de chaque cas particulier:

> [TRADUCTION]
> Les cas de torture ou de menaces de torture ou de promesses éhontées sont clairs; la situation se complique lorsque des éléments beaucoup plus subtils doivent être évalués. La force d'esprit et la volonté de l'accusé, l'effet de la détention, de l'environnement, la portée des questions ou de la conversation, tout cela exige une analyse minutieuse de leur rôle dans l'aveu et sert à la Cour pour déterminer si la déclaration a été libre et volontaire, c'est-à-dire exempte de l'influence d'un espoir ou d'une crainte qu'ils auraient pu susciter[50].

S'il ressort de l'analyse des circonstances que les paroles ou les actes d'une personne en situation d'autorité peuvent raisonnablement avoir incité l'accusé à faire une déclaration par crainte d'un préjudice ou dans l'espoir d'un avantage, la preuve doit être exclue. Il faut toutefois établir un lien de causalité: les paroles ou les actes d'une personne en situation d'autorité ont-ils poussé l'accusé à faire une déclaration par crainte d'un préjudice ou dans l'espoir d'un avantage[51]? Il n'est pas nécessaire que l'incitation en question soit pertinente au résultat d'une poursuite[52] et il importe peu que le comportement de la personne en situation d'autorité ait été volontaire ou intentionnel[53]. Toutefois, si l'effet d'une incitation contraire à la règle disparaît, une déclaration faite ultérieurement ne sera pas nécessairement admissible[54].

Les craintes ou l'espoir de l'accusé ne sont pas forcément des motifs d'exclusion puisque ces sentiments peuvent avoir été provoqués par l'accusé lui-même ou par un comportement qui, en soi, n'est pas contraire à la règle[55]. Les mobiles religieux, la ruse ou l'oppression ne peuvent entacher le caractère volontaire d'une déclaration et, par voie de conséquence, la rendre irrecevable à moins que la preuve ne démontre que le comportement en cause équivaut à une promesse ou à une menace[56]. La conduite irrégulière ou illégale des personnes en situation d'autorité, y compris le refus de la part des policiers de permettre à l'accusé de consulter un avocat n'empêchent pas non plus l'admission en preuve des déclarations de l'accusé à moins que cette conduite ne tombe sous le coup de l'une des catégories d'incitations interdites[57]. Lorsqu'il examine les circonstances dans lesquelles une déclaration a été faite, le juge peut vérifier, par exemple, si une mise en garde a été

faite à l'accusé[58], si les policiers ont employé la ruse[59], si le suspect était assez âgé[60] et s'il était en mesure de comprendre les conséquences de sa déclaration[61] et si l'interrogatoire était trop long[62]. Par conséquent, selon la jurisprudence classique, une déclaration ne sera exclue en raison de l'absence du caractère volontaire que s'il est prouvé que l'accusé a été incité à faire une déclaration par des promesses, des menaces ou d'autres incitations semblables.

L'existence d'un lien causal entre le comportement d'une personne en situation d'autorité et la déclaration de l'accusé ne veut pas dire que la crainte d'un préjudice ou l'espoir d'un avantage ait nécessairement été dispensé ou promis à l'accusé lui-même, ni que l'auteur de cette incitation ait été la personne en situation d'autorité[63]. La déclaration de l'accusé peut être exclue même si une autre personne que l'accusé pouvait subir les conséquences directes d'une promesse ou d'une menace[64]. Il ne fait pas de doute que des promesses de liberté sous caution, de pardon ou de diminution de la sentence, même si elles ne sont données que sous forme d'acquiescement à une suggestion faite par l'accusé lui-même, peuvent entraîner l'exclusion d'une déclaration[65]. Il existe de nombreux cas où ce type de comportement constitue une incitation dérogatoire mais il importe de se rappeler que toute incitation comportant une conséquence préjudiciable ou avantageuse peut entraîner l'irrecevabilité de la déclaration si elle constitue la raison pour laquelle l'accusé a fait sa déclaration. Par ailleurs, il ne fait pas de doute que la nécessité d'établir un lien causal suppose que si l'incitation a cessé, la déclaration est admissible. Les effets de l'incitation peuvent avoir disparu après un certain laps de temps ou en raison d'autres facteurs comme la mise en garde faite à l'accusé. Encore une fois, la durée ou les effets d'une incitation sont, tout comme l'existence d'une incitation, une question de fait laissée à l'appréciation du juge.

Il convient de souligner que l'article 66 du projet de loi S-33 codifie également la règle du common law[66] suivant laquelle une obligation légale de faire une déclaration n'est pas contraire au principe du caractère volontaire des déclarations:

> Le fait qu'il y avait obligation légale de faire une déclaration n'entre pas en ligne de compte quand il s'agit de déterminer si elle était spontanée.

Toutefois, malgré cette disposition, il est nécessaire de tenir un voir-dire afin de déterminer si d'autres circonstances dans lesquelles la déclaration a été faite n'en ont pas vicié le caractère volontaire[67].

(2) Les approches nouvelles

Au Canada, l'interprétation de la règle du caractère volontaire des déclarations par les tribunaux de common law, en particulier les cours d'appel, est fort restrictive et elle continuerait de l'être si le projet de loi S-33 était adopté[68]. Toutefois, depuis quelques années, les tribunaux ont élargi la portée de la règle relative aux aveux. Cette extension du champ d'application de la règle peut être examinée sous les deux rapports suivants.

a. *La capacité*

Dans un jugement récent, la Cour suprême du Canada a reconnu qu'une déclaration libre et volontaire peut être exclue si la personne qui l'a faite était dans un état tel que ses déclarations ne peuvent pas être considérées comme des «propos d'un esprit conscient[69]». Bien entendu, on pourrait dire que la capacité est une des circonstances concomitantes de la déclaration et que, par voie de conséquence, l'imbécillité, l'aliénation mentale, l'état d'ébriété avancé et les autres conditions semblables peuvent influer sur l'admissibilité d'une déclaration[70]. Par conséquent, l'incapacité ne serait pas un motif nouveau et distinct d'exclusion d'une déclaration mais plutôt une exception à la règle du caractère volontaire au sens strict qui s'explique par le fardeau de la preuve et des questions de faits dont l'appréciation relève du juge de première instance[71]. Par ailleurs, on pourrait dire que la capacité est maintenant un élément essentiel de la règle générale relative aux aveux que le ministère public doit prouver pour établir le caractère volontaire de la déclaration. Quelle que soit la différence qui existe entre ces deux formulations sur le plan de la forme, la différence est minime ou inexistante quant au fond. Toutefois, il est clair que la capacité ne pourrait, en common law, servir à modifier la formulation négative de la règle du caractère volontaire de manière à ce que celle-ci devienne une obligation légale de prouver le consentement de l'accusé. La Cour suprême a jugé que pour évaluer la capacité, il suffit de déterminer si la déclaration en cause constitue le propos d'un esprit conscient. Cela revient à dire que seulement certaines formes d'incapacité clinique entraîneront

l'exclusion de la déclaration et que l'état d'esprit de l'accusé n'a de conséquences que sur la valeur probante de la déclaration[72].

L'article 69 du projet de loi S-33 justifie le maintien du critère de la capacité par une analogie avec la dénégation de signature[73].

> **69.** (1) La déclaration recevable dans le cadre de l'article 64 est irrecevable en preuve lorsque cette déclaration ne peut être imputée à l'inculpé en raison de son état physique ou mental au moment où il l'a faite.

Tel que libellé dans le projet de loi, le critère de la capacité est très différent du principe énoncé par le common law sous le rapport suivant: selon la jurisprudence de la Cour suprême, il semble qu'en vertu du common law, un juge peut conclure à l'incapacité du déclarant après avoir tenu compte de toutes les circonstances dans lesquelles la déclaration a été faite et qu'il s'agit d'une question de fait à l'égard de laquelle la charge de la preuve incombe au ministère public[74]. Toutefois, le paragraphe 69(2) du projet de loi édicte qu'une déclaration extrajudiciaire faite à une personne en situation d'autorité ne peut être exclue en raison de l'incapacité de l'accusé à moins que ce dernier ne s'acquitte de la charge de prouver son incapacité[75]. Bien qu'il ne fasse pas de doute que ce fardeau devrait incomber à l'accusé, la nouveauté dans ce projet de loi est d'élever une règle du bon sens au rang d'une règle de droit.

b. *L'interrogatoire oppressif*

Deuxièmement, bien que la Cour suprême du Canada n'ait jamais reconnu expressément qu'une attitude oppressive de la part des autorités constitue un motif indépendant d'exclusion d'une déclaration extrajudiciaire, ce principe est toujours litigieux en common law[76]. Malgré l'absence d'une disposition législative en ce sens, les tribunaux de common law au Canada ont toujours admis tacitement que l'attitude oppressive des autorités est un motif d'exclusion des déclarations extrajudiciaires. Étant donné que le ministère public doit prouver le caractère volontaire des déclarations à la satisfaction du tribunal, et comme celui-ci ne rend sa décision qu'après avoir examiné l'ensemble des circonstances pertinentes, il est permis au juge d'exclure une déclaration si le

ministère public ne s'acquitte pas de la charge de la preuve. Ce motif d'exclusion équivaut à un pouvoir discrétionnaire d'exclure en raison de l'attitude oppressive des autorités. Bien entendu, on peut faire valoir qu'une déclaration qui n'a pas été exclue par l'application de la règle du caractère volontaire est admissible et que par voie de conséquence le juge du fond ne tient compte des autres considérations que dans l'appréciation de la valeur probante de cette déclaration. Cet argument est bien fondé sur le plan théorique mais il existe de nombreux cas où un juge de première instance a exclu une déclaration extrajudiciaire pour le seul motif que dans les circonstances, il entretenait un certain doute à l'égard de son caractère volontaire[77]. Par exemple, des interrogatoires interminables ou des interrogatoires menés en secret[78] sont des facteurs pouvant entraîner une telle conséquence. Par conséquent, une attitude oppressive ou contraignante peut, sur le plan du fardeau de la preuve plutôt qu'en vertu de la règle de droit elle-même, justifier l'exclusion des déclarations extrajudiciaires. L'adoption du projet de loi S-33 entraînerait la disparition de ce pouvoir que l'on peut qualifier de discrétionnaire car la diminution du fardeau de la preuve et la définition restrictive du caractère volontaire empêcheraient le juge d'exclure une déclaration pour le seul motif qu'il met en doute son caractère volontaire[79].

D. *Le fardeau de la preuve*

Notre droit reconnaît de tout temps qu'il incombe au ministère public de prouver l'admissibilité d'une déclaration[80]. En outre, il ne fait pas de doute que pour établir les circonstances dans lesquelles une déclaration a été faite, le ministère public doit faire témoigner toutes les personnes en situation d'autorité qui étaient présentes au moment où la déclaration a été faite afin de relater toutes les circonstances de l'interrogatoire[81]. Aucune règle ne prévoit, en cas de défaut de produire un témoin, l'exclusion automatique de la déclaration. Par conséquent, si le ministère public justifie l'absence d'un témoin, le juge peut néanmoins déterminer le caractère volontaire de la déclaration en cause[82]. Toutefois, si le ministère public ne convoque pas tous les témoins qui étaient présents au moment où la déclaration a été faite, il risque de voir sa preuve exclue car l'absence de toute personne qui a pu avoir été en contact avec l'accusé à l'époque en cause, ne fait qu'ajouter au doute qui pèse sur l'admissibilité de la déclaration[83]. Par consé-

quent, abstraction faite des incitations illégales de la part des autorités et abstraction faite du contenu des témoignages, le ministère public aura de meilleures chances de faire admettre une déclaration si tous les témoins ont été convoqués. Toutefois, ces chances diminueront si le témoin absent est une personne en situation d'autorité ou quelqu'un qui était présent lors d'un interrogatoire et qui était en mesure d'obtenir la déclaration par des promesses ou des menaces[84].

Quant au degré de preuve imposé au ministère public lors du voir-dire, la position des tribunaux et celle que préconise le gouvernement dans le projet de loi S-33 s'opposent. Le degré de preuve fixé par le projet de loi est l'obligation de convaincre selon la prépondérance des probabilités. Les tribunaux n'ont jamais fixé le degré de preuve requis de façon définitive. Chose certaine, le degré de preuve requis n'a jamais été la prépondérance des probabilités[85]. D'après plusieurs *obiter dicta*, le degré de preuve requis est la preuve au-delà de tout doute raisonnable[86] alors que dans certains cas il a été décidé que le ministère public devait prouver de façon positive ou à la satisfaction du tribunal le caractère volontaire de la déclaration[87]. Quelle que soit la différence entre ces deux critères, il existe une nette différence entre ceux-ci et la prépondérance des probabilités[88].

II. Le fondement de la règle

A. *Introduction*

L'interprétation de la règle du caractère volontaire a toujours fait l'objet de controverses parce que le rôle de cette règle dans l'administration de la justice pénale n'a jamais fait l'unanimité. Certains considèrent que la règle n'est qu'un moyen de purger les déclarations de ouï-dire des éléments qui pourraient laisser peser un doute sur leur crédibilité avant qu'elles ne soient produites devant le juge du fond. Pour d'autres, la règle est un moyen de surveiller les méthodes d'investigation policières. Enfin, d'autres pensent que la règle remplit également d'autres fonctions. Tous ces points de vue sont certes valables et trouvent leur écho dans les opinions de juges de tribunaux supérieurs. Mais aucune thèse n'a acquis une telle autorité qu'elle éclipse toutes les autres. L'évolu-

tion de la règle relative aux aveux au cours du vingtième siècle démontre tout au moins que l'application de la règle varie beaucoup en fonction des circonstances de chaque cas particulier. Une analyse historique ne permet pas de dégager un seul principe pouvant servir à déterminer s'il s'agit d'une règle de preuve ou d'une règle de procédure.

Les tribunaux canadiens se divisent et tiennent des propos ambigus sur le fondement de la règle du caractère volontaire. Les récents arrêts de la Cour suprême du Canada démontrent assez clairement que l'application de la règle varie en fonction du but visé. Cette variation a marqué l'évolution de la règle relative aux aveux mais il n'y a pas lieu ici de faire l'historique de la règle en droit anglo-canadien parce que d'une part, de nombreux auteurs se sont déjà penchés sur cette question et que, d'autre part, le but immédiat du présent document de travail est la réforme du droit actuel. Il convient toutefois d'exposer les divers points de vue qui ont été avancés au soutien de cette règle. Sur ce point, les décisions récentes de la Cour suprême du Canada nous donnent les principaux arguments en ce qui concerne le rôle des tribunaux dans l'administration des règles de preuve. En effet, une analyse des points de vue exprimés dans les affaires *R.* c. *Wray*[29] et *Rothman* c. *La Reine*[30] nous fournit l'essentiel des arguments des juges de la Cour suprême en ce qui a trait au fondement de la règle relative aux aveux. Dans les pages qui suivent, ces opinions seront examinées de façon exhaustive et de nombreux passages seront cités. Toutefois, cette étude est plus qu'un simple résumé. En matière de réforme des règles de droit relatives à l'interrogatoire des suspects, les opinions contradictoires exprimées par les juges de la Cour suprême soulèvent une question de principe fondamentale: les tribunaux devraient-ils surveiller le mode d'obtention des déclarations extrajudiciaires faites par un suspect dans le cadre d'une enquête?

Suivant le point de vue classique de la jurisprudence canadienne sur les règles de droit relatives aux aveux, les tribunaux n'ont qu'à se prononcer sur la véracité et la crédibilité objectives d'une déclaration, c'est-à-dire s'assurer qu'elle n'a pas été obtenue par la crainte d'un préjudice ou dans l'espoir d'un avantage dispensé ou promis à l'accusé par une personne en situation d'autorité. L'exclusion de déclarations qui n'ont pas été faites volontairement est le refus d'admettre une preuve de ouï-dire qui n'est peut-être pas fiable. Ce n'est pas une condamnation de la

méthode qui a été employée pour obtenir cet élément de preuve. Vue sous cet angle, la crédibilité d'une déclaration est souvent associée à la véracité probable de son contenu. Pour les tribunaux cependant, il est plus souvent question de l'absence de crédibilité qui découle du fait que les déclarations pourraient être fausses. La preuve de leur caractère volontaire est censée écarter le danger de se fier aux déclarations extrajudiciaires dans la détermination de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé.

Étant donné que la crédibilité des déclarations sur le plan judiciaire n'est liée qu'indirectement à leur mode d'obtention, d'autres fondements de la règle du caractère volontaire ont été avancés afin de justifier l'intervention des tribunaux à cet égard. En substance, la règle viserait le double objectif suivant: le pouvoir d'exclure un élément de preuve devrait être exercé de manière à soumettre l'interrogatoire policier à des règles de conduite et à favoriser ou protéger le caractère équitable, sur les plans de la forme et du fond, de l'administration de la justice pénale. Vues sous cet angle, les règles régissant l'admissibilité des déclarations extrajudiciaires constituent non seulement des critères pour vérifier la crédibilité des éléments de preuve mais aussi des normes qui régissent les relations entre les autorités et le public. En particulier, le fondement disciplinaire est basé sur le principe selon lequel la règle du caractère volontaire devrait être un moyen de surveiller les activités des enquêteurs et, par voie de conséquence, de maintenir le caractère équitable du système judiciaire en excluant la preuve d'un acte illicite obtenue par des moyens illégaux ou irréguliers.

Bien qu'il ne fasse pas de doute que le caractère volontaire des déclarations est le nœud de la règle relative aux aveux, on ne peut affirmer qu'un seul fondement puisse justifier ce critère d'admissibilité. Il se pourrait que la règle ait été formulée au dix-huitième siècle dans le but d'assurer que la preuve produite devant le juge du fond fût crédible et exempte de tout risque de fausseté. Il ne fait pas de doute non plus que la question de la crédibilité a toujours été un élément essentiel de la règle telle qu'interprétée par les tribunaux. Toutefois, étant donné que sous ce rapport, la recherche de la crédibilité de la preuve fait de la règle du caractère volontaire un moyen de faciliter le travail du juge du fond qui doit se prononcer sur la véracité des allégations qui pèsent sur l'accusé, la règle ne permet pas de surveiller la conduite des policiers. Toutefois, la recherche de la crédibilité et la nécessité de règles de

conduite ne sont pas incompatibles mais elles représentent deux points de vue diamétralement opposés sur les pouvoirs de la police, les intérêts des citoyens en tant qu'individus et le rôle essentiel des tribunaux. Ces deux tendances nous obligent à faire des choix difficiles lorsque vient le temps de formuler des règles pour régir l'admissibilité des aveux. Dans certains cas, il est impossible de concilier la nécessité pour la société d'établir la responsabilité pénale avec le droit du suspect de garder le silence. C'est par le truchement de la règle du caractère volontaire que le common law tente de concilier ces deux intérêts.

B. L'arrêt R. *c.* Wray

La règle relative aux aveux a été formulée pour la première fois en 1783 dans l'affaire *R.* c. *Warickshall*[91]. Dans cette affaire, l'accusée avait été inculpée de complicité après le fait dans une affaire de vol qualifié. Elle avait eu en sa possession des biens volés sachant que ceux-ci avaient été volés. Toutefois, ces biens avaient été découverts à la suite d'un aveu qui avait été [TRADUCTION] «obtenu dans l'espoir d'avantages promis[92]». Voici comment la Cour a jugé que cette incitation avait rendu la preuve de l'aveu inadmissible au procès:

> [TRADUCTION]
> L'admission ou l'exclusion d'aveux dépend de leur crédibilité. Un aveu fait librement et volontairement est digne de foi parce que l'on présume que son auteur avait un fort sentiment de culpabilité. Par conséquent, il est admis comme élément de preuve de l'infraction en cause. Toutefois, un aveu arraché dans l'espoir d'un avantage ou dans la crainte d'un préjudice soulève tellement de doutes au moment de la détermination de la culpabilité que l'on ne peut y donner quelque crédit. Par conséquent, cette preuve sera exclue[93].

C'est ainsi que la doctrine du caractère volontaire des déclarations est devenue une règle régissant l'admissibilité de la preuve.

Vu l'irrecevabilité d'un élément de preuve obtenu au moyen d'un aveu irrecevable, l'avocat de Jane Warickshall demanda ensuite à la Cour d'exclure toute preuve établissant que l'accusée avait eu en sa possession des biens volés car, selon lui, [TRADUCTION] «... autrement ... l'accusée, à son corps défendant,

serait l'instrument de sa propre condamnation». La Cour rejeta cette requête pour les raisons suivantes:

> [TRADUCTION]
> Le principe relatif aux aveux ne s'applique aucunement à l'admission ou à l'exclusion de faits, peu importe que la connaissance de ces faits ait été obtenue en arrachant un aveu ou qu'elle émane d'autres sources car un fait demeure toujours le même indépendamment de la véracité ou de la fausseté de l'aveu qui s'y rapporte. Cependant, les faits ainsi obtenus doivent être prouvés de façon complète et à la satisfaction du tribunal sans qu'il soit nécessaire de recourir à l'aveu qui les a révélés. De plus, l'impossibilité d'admettre en preuve un élément de l'aveu, quel qu'il soit, pour établir un fait, démontre clairement que ce fait peut être établi par d'autres moyens. En effet, étant donné qu'aucun élément d'un aveu fait irrégulièrement ne peut être admis en preuve, il est impossible de vérifier légalement si la preuve de ce fait a été obtenue ou non au moyen de cet aveu. Il va sans dire que les conséquences que cela entraînerait pour la justice seraient graves. En effet, s'il était permis aux gens de reprendre possession de biens volés et que la preuve de faits concomitants fût exclue parce qu'obtenue au moyen d'un aveu irrecevable, ce serait alors donner l'occasion de pactiser avec le crime. Les règles de preuve relatives à l'admission de faits et les règles régissant l'exclusion de déclarations ou d'aveux verbaux sont distinctes et exclusives les unes des autres[94].

Il ressort clairement de ces deux passages du jugement que le fondement de la règle relative aux aveux, voire même, d'une façon générale, des règles concernant la recevabilité de la preuve, est la crédibilité des aveux sur le plan judiciaire.

L'autorité du précédent reste toujours aussi grande en common law comme en fait foi l'arrêt rendu en 1970 dans l'affaire *R.* c. *Wray*[95], où le juge Martland, au nom de la majorité des juges de la Cour suprême du Canada, a repris les motifs du jugement prononcé dans l'affaire *Warickshall*.

M. Wray était inculpé de meurtre. La preuve de la Couronne était essentiellement circonstancielle hormis une déclaration portant la signature de l'accusé ainsi qu'une carabine dont la découverte avait été rendue possible par des renseignements divulgués dans l'aveu. Après avoir fait signer la déclaration à l'accusé, la police conduisit ce dernier à un marécage près du lieu du crime où elle obtint des renseignements lui permettant de

découvrir, le lendemain, la carabine. Au cours du procès, le juge exclut cette déclaration parce qu'elle était involontaire et, par voie de conséquence, inadmissible. Le juge du procès décida également d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'exclure la preuve de la participation de l'accusé à la découverte de l'arme à feu. La Cour d'appel de l'Ontario confirma que le juge de première instance pouvait exercer un tel pouvoir discrétionnaire. Cette décision fut le seul motif de l'appel interjeté par la Couronne devant la Cour suprême du Canada. Selon l'appelante, la preuve de la découverte de l'arme à feu était admissible. Elle ajouta qu'elle pouvait prouver d'une part que l'accusé avait pris part à la découverte de la carabine et, d'autre part, la partie de l'aveu qui fut corroborée par la découverte de l'arme à feu. Au soutien de cette thèse, elle cita principalement la règle énoncée par le juge en chef McRuer de la Haute Cour de l'Ontario dans l'affaire *R.* c. *St. Lawrence*[20]. L'appel fut accueilli par la majorité des juges de la Cour suprême tandis que trois juges exprimèrent leur dissidence.

On ne saurait trop exagérer l'importance de l'arrêt *Wray* dans la jurisprudence canadienne en matière pénale. Pour statuer sur la question à l'égard de laquelle elle avait accordé la permission d'en appeler du jugement de la Cour d'appel, la Cour suprême a dû se pencher sur des principes fondamentaux régissant l'admission et l'exclusion d'éléments de preuve en droit pénal. En outre, c'est l'arrêt de la Cour suprême dans cette affaire qui, au Canada, fait actuellement autorité sur cette question. On peut résumer les principaux motifs du jugement prononcé au nom de la majorité par le juge Martland de la façon suivante: selon la loi, le juge du procès n'a pas le pouvoir discrétionnaire d'exclure une preuve techniquement admissible et dont le poids et la force probante sont importants pour le motif que l'admission de cette preuve serait inéquitable pour l'accusé ou susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Il a cependant un pouvoir discrétionnaire limité d'exclure une preuve qu'il juge inéquitable: il lui est permis d'exclure une preuve dont l'admissibilité tient à une subtilité si les conséquences préjudiciables de cette preuve dépassent sa force probante.

Les motifs de la décision du juge Martland sont clairs. Il a affirmé que dans tous les cas où l'admissibilité d'un élément de preuve est en cause, c'est la règle générale de la pertinence qui doit s'appliquer. Sur ce point, il a cité un passage du jugement prononcé par lord Goddard dans l'affaire *Kuruma* v. *The Queen*:

[TRADUCTION]

De l'avis de leurs Seigneuries, le critère à appliquer pour déterminer si une preuve est recevable est la pertinence au fond du litige. Si elle est pertinente, cette preuve est recevable et le tribunal n'a pas à tenir compte de la façon dont on l'a obtenue[97].

Le juge Martland a exprimé l'avis que seule une règle d'exclusion formelle comme la règle du caractère volontaire ou l'existence d'un pouvoir discrétionnaire d'exclure un élément de preuve afin de garantir le caractère équitable d'un procès, peuvent justifier une dérogation à ce principe général. Après avoir passé en revue de façon exhaustive la jurisprudence de la Chambre des lords, en particulier le jugement prononcé par le Comité judiciaire du Conseil privé dans l'affaire *Noor Mohamed*[98], il a conclu que rien ne pouvait justifier l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire illimité d'exclure une preuve admissible pour la seule raison que l'admission de cette preuve serait préjudiciable à l'accusé en raison de son mode d'obtention ou parce que l'admission de cette preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Pour le juge Martland, le terme «équitable» a une acception limitée en ce qui a trait aux règles régissant l'admissibilité de la preuve en matière pénale:

> Je crois qu'on a confondu «inéquitable» dans la manière de se procurer la preuve et «inéquitable» dans le fait de la recevoir au procès. La conséquence de ces deux décisions est, en fait, de rendre irrecevable une preuve que la *ratio decidendi* de l'affaire *Kuruma* tient pour recevable. Le principe qu'elles expriment remplacerait le critère de l'affaire *Noor Mohamed*, fondé sur le devoir du juge de première instance de s'assurer que l'opinion des jurés ne soit pas préjugée par une preuve de peu de valeur probante, mais fortement préjudiciable, par celui de savoir si une preuve dont la force probante est irrécusable, a été obtenue par des procédés que le juge de première instance, à sa discrétion, considère inéquitables. L'exclusion de la preuve pour ce dernier motif n'a absolument rien à voir avec l'obligation du juge d'assurer un procès équitable à l'accusé[99].

La conclusion est donc évidente:

> [À] mon avis, le rôle du tribunal, selon notre droit, consiste à trancher le litige dont il est saisi d'après la preuve recevable en droit, et ne va pas jusqu'à rejeter, pour tout autre motif, une preuve recevable en droit[100].

Le raisonnement du juge Martland s'apparente au point de vue suivant lequel le procès permet de vérifier la véracité des allégations qui pèsent sur l'accusé. En ce qui concerne le rôle du juge de première instance, ce point de vue nie expressément tout contrôle direct ou toute surveillance sur la façon dont se déroule l'enquête criminelle.

Dans cette affaire, les juges dissidents ont adopté une approche complètement différente. L'essentiel de leurs motifs de dissidence a été exprimé par le juge en chef Cartwright. Tout d'abord, il a cité un passage de l'arrêt *R.* v. *St. Lawrence* et souscrit à la règle formulée par le juge en chef McRuer au sujet de l'admissibilité d'aveux qui sont confirmés par des faits subséquents:

> [TRADUCTION]
> Lorsque la découverte du fait confirme la confession — c'est-à-dire lorsqu'il faut conclure à la véracité de la confession en raison de la découverte du fait — alors la partie de la confession que confirme la découverte du fait est recevable en preuve, mais rien de plus[101].

Le juge en chef Cartwright a ensuite parlé des difficultés que soulèvent la véracité ou la fausseté des déclarations extrajudiciaires. Il a souligné que dans l'affaire *DeClercq*[102], la majorité des juges de la Cour suprême avaient reconnu que la véracité ou la fausseté d'une déclaration extrajudiciaire pouvaient être pertinentes à la question de l'admissibilité de la déclaration même si le critère d'admissibilité est le caractère volontaire. Il a ajouté que «la prépondérance de la jurisprudence indique que la raison d'être de la règle qu'une confession forcée ne doit pas être reçue est le risque présumé qu'elle soit fausse[103]». Par conséquent, la question est de savoir si la preuve de la véracité d'une déclaration justifie son admission en preuve. Dans l'affaire *DeClercq*, il s'agissait de savoir si une déclaration involontaire pouvait être admise si la preuve de sa véracité était faite. Si la véracité de la déclaration constitue le critère fondamental, il ne fait pas de doute que la déclaration devrait être admise. Le juge en chef Cartwright a d'abord cité un passage de l'arrêt *R.* v. *Mazerall* où la Cour d'appel de l'Ontario avait souligné l'anomalie de cette conclusion:

> [TRADUCTION]
> Ce serait une application bizarre de la règle visant à écarter les confessions dont la véracité est douteuse que de s'en servir pour écarter des déclarations que l'accusé, témoignant sous serment à son procès, a reconnues véridiques.

Il a ensuite fait le commentaire suivant:

> Bien qu'à mon avis cela soit un *obiter dictum*, il est difficile de ne pas en reconnaître la logique si le seul motif pour écarter une confession forcée est le risque qu'elle soit fausse. Si, par contre, l'exclusion d'une confession forcée se fonde aussi sur la maxime *nemo tenetur seipsum accusare*, la véracité ou la fausseté de la confession devient logiquement sans importance. Il serait vraiment étrange que la loi voulant qu'aucun accusé ne soit tenu de s'incriminer et ne puisse être contraint de témoigner à une enquête de coroner, à une enquête préliminaire ou à un procès, il soit quand même possible pour les policiers ou d'autres personnes ayant autorité de le forcer à faire une déclaration qui soit recevable en preuve contre lui. La solution qui semblerait s'imposer, si l'exclusion se fonde sur la maxime, serait qu'on ne peut aucunement se servir d'une confession forcée, même vérifiée par une preuve découverte subséquemment[104].

À la façon du juge Martland pour la majorité, le juge en chef Cartwright a refusé d'écarter la décision rendue dans l'affaire *R.* v. *St. Lawrence* mais, contrairement à la majorité, il a confirmé l'existence du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance d'exclure une preuve recevable en droit lorsque l'admission d'une telle preuve serait préjudiciable à l'accusé ou susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Il a reconnu que la nature du pouvoir discrétionnaire pouvait varier suivant les circonstances de chaque cas particulier et qu'il était donc impossible de définir avec exactitude l'étendue de ce pouvoir discrétionnaire. Le juge en chef a toutefois précisé que d'après la preuve en l'espèce, le juge de première instance avait exercé son pouvoir discrétionnaire de façon adéquate en se basant sur le fait que la police avait obtenu l'aveu de l'accusé par la ruse, la contrainte et des incitations irrégulières et parce qu'elle avait sciemment refusé à l'accusé le droit de consulter un avocat pendant l'interrogatoire.

D'autres opinions ont été exprimées dans l'affaire *R.* c. *Wray* mais c'est en comparant les motifs de la décision du juge Martland et de celle du juge en chef Cartwright que l'on peut déceler la différence fondamentale entre le jugement majoritaire et les opinions dissidentes. Le nœud du problème est la divergence d'opinions en ce qui a trait à l'obligation du juge de première instance de s'assurer que l'accusé ait un procès équitable. La différence est la suivante: la majorité des juges étaient d'avis que

cette obligation n'existe que sur le plan judiciaire tandis que les juges dissidents estimaient que cette obligation comprend également celle de surveiller le déroulement de l'enquête.

C. L'arrêt Rothman *c.* La Reine

Dans l'affaire *Rothman* c. *La Reine*, l'accusé était inculpé de possession de résine de cannabis pour en faire le trafic. La preuve avait démontré qu'il y avait suffisamment de motifs pour déclarer l'accusé coupable de possession simple mais la preuve de possession de stupéfiants pour en faire le trafic nécessitait l'admission d'une déclaration extrajudiciaire faite par l'accusé à un policier agissant en qualité d'agent d'infiltration. Après son arrestation, l'accusé reçut une mise en garde. L'agent Gervais, qui était l'enquêteur au dossier, lui demanda s'il ferait une déclaration. Rothman refusa et fut placé dans une cellule. Vers une heure du matin, l'enquêteur placa l'agent McKnight dans la même cellule afin d'obtenir des détails de l'accusé. L'agent McKnight était vêtu de façon ordinaire et avait une barbe de quatre à cinq jours. L'intimé s'adressa à l'agent McKnight en lui disant qu'il «ressemblait à un mouchard». Par la suite, l'agent McKnight gagna la confiance de l'accusé en informant ce dernier qu'il était un conducteur de camion de la région de Pembroke et qu'il était en prison à cause d'une contravention aux règles de la circulation. La suite est décrite dans l'exposé des faits suivant:

> L'agent McKnight a demandé à l'intimé pourquoi il était en prison et ce dernier a dit que c'était pour possession de hachisch. Pendant qu'il était dans la cellule, l'agent McKnight est demeuré assis à côté de l'intimé sur le seul banc disponible. L'intimé a alors dit à l'agent McKnight qu'il vendait du hachisch à raison de $25 les 3 grammes, qu'il agissait à titre de «dépositaire» au moment où il a été surpris avec le hachisch et qu'il devrait rembourser $1,000 aux gens parce qu'il avait été «arrêté». L'intimé a dit que les stupéfiants qu'il avait lui auraient rapporté $1,800. L'agent McKnight lui a demandé s'il y avait beaucoup de stupéfiants dans la ville et l'intimé a répondu qu'il y en avait environ 40 livres. L'intimé a également dit qu'il avait été arrêté à son appartement avec son copain qui était dans la cellule voisine. Au cours de la conversation, l'agent McKnight a informé l'intimé qu'il était un conducteur de camion de la région de Pembroke et qu'il était allé à la pêche de sorte que l'intimé ait l'impression qu'il n'était pas un mouchard et qu'il ne s'y connaissait pas vraiment en stupéfiants. L'agent McKnight a fait observer que des gens de la

région de Pembroke s'intéressaient aux stupéfiants et qu'il aimerait en obtenir; toutefois, aucun marché n'a été conclu. L'intimé a demandé à l'agent McKnight quand il serait libéré et il a répondu qu'un copain viendrait payer l'amende. L'intimé a dit qu'il devait comparaître en cour le lendemain matin parce qu'il était sous libération conditionnelle relativement à d'autres accusations. L'agent McKnight a été libéré de la cellule à 1 h 07 et peu après il a consigné ses remarques relatives à la conversation[105].

Après avoir statué que l'agent McKnight était une personne en situation d'autorité, le juge de première instance a écarté la déclaration parce que la «continuité de l'intention d'obtenir une déclaration au moyen de ce déguisement[106]» mettait en doute le mode d'obtention de cette déclaration. Cette décision fut rejetée par la majorité de la Cour d'appel de l'Ontario, le juge Dubin ayant exprimé sa dissidence. L'appel interjeté par l'accusé fut rejeté par la Cour suprême du Canada. Le juge Martland prononça le jugement au nom d'une majorité de six juges. Le juge Lamer souscrivit à la décision de la majorité mais exposa ses propres motifs. Le juge en chef Laskin et le juge Estey exprimèrent leur dissidence.

L'appel interjeté par l'accusé était basé sur l'opinion dissidente exprimée par le juge Dubin de la Cour d'appel. Selon ce dernier, le fondement de la règle relative aux aveux comprend non seulement la crédibilité d'une déclaration extrajudiciaire mais également d'autres facteurs, en particulier la garantie du droit du suspect de garder le silence:

[TRADUCTION]
Les règles relatives aux confessions et au droit d'un accusé de ne pas s'incriminer sont connexes. J'emploie cette expression pour désigner le droit d'une personne en état d'arrestation de garder le silence lors de l'interrogatoire policier[107].

Le juge Dubin s'était dit d'avis que le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'exclure une confession à cause de la façon dont elle a été obtenue.

Pour arriver à cette conclusion dans l'affaire *Rothman*, le juge Dubin de la Cour d'appel avait fait une analyse exhaustive de la règle énoncée dans l'affaire *Ibrahim*. Selon lui, la fameuse règle formulée par lord Sumner n'était pas définitive[108] et son argument

était fondé sur le passage suivant des motifs du jugement de lord Sumner:

> [TRADUCTION]
> Cela peut paraître étrange, mais le droit anglais n'est pas encore fixé car cette question est constamment soulevée lors des procès en matière criminelle. Plusieurs juges exercent leur pouvoir discrétionnaire d'exclure cette preuve parce qu'ils pensent que seule l'exclusion de telles déclarations peut amener les autorités à renoncer à interroger des prisonniers au moyen de méthodes abusives. Ce n'est pas le cas en l'espèce. Par ailleurs, d'autres juges admettraient de telles déclarations, soit parce que le détenu leur est antipathique, soit parce qu'ils tiennent compte davantage de l'autorité du précédent et, dans la mesure où le juge de première instance n'a pas commis d'erreur de droit importante, la Division criminelle de la Cour d'appel n'annulerait pas la condamnation prononcée par le tribunal. Dès lors, si, après avoir examiné minutieusement le droit pertinent, le juge rend une décision conformément à ce qui, de toute manière, constitue la «position probable» du droit actuel, même si celle-ci n'est pas la meilleure, le comportement de l'interrogateur nous paraît tout à fait contraire à une «violation des principes de justice naturelle» qui, semble-t-il, constitue le motif de demande d'intervention de Sa Majesté dans une question qui relève du droit pénal. Si, en vertu des règles établies par la jurisprudence, règles auxquelles le juge du procès ne s'est pas conformé, la question relève du pouvoir discrétionnaire du juge, qui doit statuer sur l'illégalité du comportement de l'interrogateur et les circonstances de l'affaire, nous croyons, comme nous le verrons plus loin, que dans les circonstances, le juge n'a pas exercé son pouvoir discrétionnaire de façon abusive[109].

En outre, le juge Dubin a tenté de démontrer, en citant un passage du jugement de lord Sumner, que ce dernier ne considère pas la règle du caractère volontaire comme une règle de droit immuable ou définitive:

> [TRADUCTION]
> L'appelant a basé son argument sur le fait que d'une part, la déclaration avait été faite en réponse à une question posée et que, d'autre part, la question avait été posée par une personne en situation d'autorité et la réponse donnée par une personne sous garde. Cette thèse, si tant est qu'elle puisse être retenue, est avant-gardiste. Avec l'évolution des forces policières modernes, la question qui se pose de plus en plus fréquemment est la suivante: si un policier interroge une personne sous garde, les réponses de cette dernière peuvent-elles servir de preuve contre elle, peu importe qu'elles résultent de la

crainte d'un préjudice ou de l'espoir d'un avantage suscité par une personne en situation d'autorité?

Il faut noter que, logiquement, toutes ces objections ressortissent à la valeur probante plutôt qu'à l'admissibilité de la preuve. Ce qu'une personne ayant la connaissance d'un fait déclare est pertinent et peut servir en preuve contre elle. Qu'elle ait fait la déclaration dans l'espoir d'un avantage, par crainte d'un préjudice, de façon intéressée ou autrement, cette considération ne se rapporte qu'à la valeur probante de cette déclaration. Dans le cadre d'une poursuite en dommages-intérêts, une telle preuve ne pourrait être écartée si elle était produite contre l'auteur des dommages mais l'on avertirait le jury de faire preuve de circonspection à cet égard. Même la règle d'exclusion des déclarations faites par une personne sous garde dans l'espoir d'un avantage ou par crainte d'un préjudice suscité par une personne en situation d'autorité n'est qu'une ligne de conduite[110].

Se basant sur ces deux extraits, le juge Dubin a conclu que lord Sumner avait exprimé l'avis que [TRADUCTION] «l'admissibilité d'un aveu fait à une personne en situation d'autorité est une question qui relève du pouvoir discrétionnaire du juge et que la règle applicable est une simple ligne de conduite[111]».

Après avoir conclu que le principe du caractère volontaire est un principe directeur, le juge Dubin a souligné qu'il n'était pas définitif:

[TRADUCTION]
Si le seul motif d'exclusion était le danger que la confession soit fausse, la preuve de la véracité de la déclaration entraînerait forcément l'admission de cette déclaration. Toutefois, à mon humble avis, même si la véracité de l'aveu est prouvée, celui-ci devrait être exclu s'il a été obtenu par la force. Ainsi, le motif d'exclusion d'une telle déclaration n'a rien à voir avec le danger qu'elle soit fausse. Son exclusion est uniquement une question de principe[112].

Parmi les autres facteurs qui doivent être évalués, le juge Dubin a beaucoup insisté sur l'importance du privilège contre l'auto-incrimination, principe qui est étroitement lié au droit du suspect de garder le silence. Il a affirmé que ce droit est un [TRADUCTION] «principe fondamental de l'administration de la justice[113]» et il a exprimé l'avis qu'un aveu peut être exclu dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire résiduel du juge [TRADUCTION] «de tenir compte du principe fondamental de l'intérêt public dans l'administration de la justice pénale[114]». En somme, le juge était

d'avis que l'admissibilité des aveux est assujettie à un principe directeur non exhaustif et qui s'appuie sur le vaste pouvoir discrétionnaire du juge de première instance de s'assurer que l'administration de la justice est équitable.

L'opinion du juge Dubin dans l'affaire *Rothman* n'est pas seulement une opinion dissidente dans cette affaire mais aussi une opinion qui déroge à une interprétation de la règle relative aux aveux qui a été fixée par la Cour suprême du Canada et qui a toujours été suivie par la majorité de ses juges. Le point de vue exprimé par le juge Martland dans l'affaire *Rothman* illustre bien l'approche classique adoptée par ce tribunal. Comme nous l'avons mentionné précédemment, le plus haut tribunal du pays a interprété la règle formulée par lord Sumner comme une règle de droit formelle qui ne fait pas entrer en jeu des questions d'intérêt public contrairement à ce que permettrait une interprétation large de l'arrêt *Ibrahim*. Cette interprétation stricte permet de simplifier l'application de la règle.

Premièrement, il faut s'assurer que le suspect a fait sa déclaration à une personne en situation d'autorité. Dans le cas contraire, la déclaration est admissible sans qu'il soit nécessaire d'en prouver le caractère volontaire. Une personne en situation d'autorité est une personne que l'accusé pouvait raisonnablement croire, au moment où il a fait sa déclaration, être en mesure de décider du sort de la poursuite dirigée contre lui. Ainsi, le juge Martland a souscrit à l'opinion de la majorité des juges de la Cour d'appel de l'Ontario suivant laquelle le policier déguisé dans l'affaire *Rothman* n'était pas une personne en situation d'autorité, de sorte que la déclaration de l'accusé était admissible. Il a bien précisé que le droit d'une personne de ne pas s'incriminer est un privilège du témoin n'ayant rien à voir avec la question en litige. On peut donc affirmer que le *ratio decidendi* de la majorité se limite aux critères applicables pour identifier la personne en situation d'autorité. Le reste n'est qu'*obiter dictum*. Cependant, à la façon de la majorité des juges de la Cour d'appel, le juge Martland s'est également penché sur la question de l'admissibilité de la déclaration dans l'hypothèse où McKnight aurait été une personne en situation d'autorité. Ces opinions judiciaires nous renseignent sur l'approche classique des juges de la Cour suprême à l'égard du caractère volontaire des déclarations et de l'arrêt *Ibrahim*.

Si une déclaration a été faite à une personne en situation d'autorité, il ne reste plus qu'à prouver le caractère volontaire de cette déclaration au cours d'un voir-dire. Le juge du procès a constaté que l'agent McKnight n'avait aucunement incité l'accusé à faire une déclaration et qu'il avait obtenu celle-ci en l'absence de crainte ou d'espoir. Selon le juge Martland, ces faits étaient suffisants pour régler la question de l'admissibilité de la déclaration. Étant donné que le caractère volontaire d'une déclaration est l'absence de promesses, de menaces ou d'autres incitations qui pourraient susciter chez l'accusé la crainte d'un préjudice ou l'espoir d'un avantage, il ressort des conclusions du juge du procès que les déclarations de l'accusé produites par la Couronne «répondaient aux exigences relatives à la recevabilité d'une confession formulées dans l'arrêt *Ibrahim*[115]». Les facteurs n'ayant rien à voir avec cette définition limitative du caractère volontaire ne pouvaient influer sur l'admissibilité de la déclaration de l'accusé. Par conséquent, le juge Martland a statué que le juge de première instance avait commis une erreur en excluant l'aveu pour le motif que la ruse employée par le policier déguisé pour obtenir une déclaration mettait en doute le mode d'obtention de cette déclaration:

> À mon avis, le juge du procès ne pouvait fonder son refus de recevoir en preuve la confession sur sa seule désapprobation de la méthode par laquelle elle avait été obtenue. La question en litige était de savoir si la confession était volontaire[116].

Au soutien de cette conclusion, le juge Martland a fait remarquer que la règle énoncée par lord Sumner dans l'affaire *Ibrahim* avait été citée à plusieurs reprises par les juges de la Cour suprême[117]. Tout en reconnaissant que l'application de cette règle pouvait soulever des difficultés suivant les circonstances de chaque cas particulier, il a affirmé que les tribunaux canadiens s'en tenaient généralement à une interprétation stricte de la règle formulée par lord Sumner.

Le juge Martland a néanmoins reconnu que dans un certain nombre de jugements prononcés vers la fin de la dernière décennie, la Cour suprême semble avoir formulé une exception à l'interprétation stricte de la règle du caractère volontaire suivant laquelle une déclaration faite dans des circonstances où il n'y a eu aucune incitation de la part d'une personne en situation d'autorité peut être jugée involontaire et, par voie de conséquence, inadmissible.

En effet, dans certaines circonstances, on ne peut affirmer que la déclaration constitue un propos d'un esprit conscient.

Dans l'affaire *Horvath* c. *La Reine*[118], l'accusé s'était livré à trois reprises à ce que l'on a appelé des «monologues» qui ont été enregistrés. Ces déclarations avaient été faites lorsque les enquêteurs avaient laissé l'accusé seul dans la pièce. Pendant les deuxième et troisième monologues, l'accusé avait fait des aveux incriminants et il avait signé une confession écrite après le troisième monologue. Le juge du procès a accepté l'opinion d'un psychiatre que jusqu'à la fin du deuxième monologue l'accusé était dans un état d'hypnose légère. Il a refusé d'admettre cette déclaration ainsi que le troisième monologue parce qu'il était vicié par le même facteur que le deuxième, soit l'état d'hypnose de l'accusé.

La Cour suprême du Canada accueillit l'appel interjeté par Horvath, quoiqu'il soit difficile de discerner le motif déterminant de la décision de la majorité en raison de la divergence d'opinions. Sept juges avaient entendu ce pourvoi. Les trois juges minoritaires, dont le juge Martland qui a rendu l'opinion dissidente, ont appuyé l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et conclu que l'état d'hypnose était terminé avant que les aveux écrits n'aient été faits. De plus, la minorité a jugé que la confession était recevable parce qu'aucune preuve n'indiquait qu'elle avait été obtenue par crainte d'un préjudice ou dans l'espoir d'un avantage dispensé ou promis par une personne en situation d'autorité. Ils ont donc jugé que cette déclaration avait été faite volontairement.

L'opinion de la majorité fut exprimée par les juges Spence et Estey d'une part et, d'autre part, par les juges Beetz et Pratte. Au nom des deux premiers, le juge Spence a dit que le juge du procès avait eu raison d'exclure les déclarations car après avoir examiné toutes les circonstances, il mettait encore en doute leur caractère libre et volontaire. Il a souligné que l'enquêteur avait été très habile et que l'on avait provoqué chez l'accusé «un effondrement émotionnel complet[119]» au cours de l'entrevue. De toute évidence, le juge Spence était disposé à reformuler et à élargir l'interprétation classique de la règle du caractère volontaire. Il a cité l'affaire *R.* v. *Fitton* en affirmant qu'il faut «restreindre la portée de l'arrêt *Fitton*, de manière à ne pas juger recevable une déclaration faite par un accusé qui, sans être provoquée par l'espoir d'un avantage ou la crainte d'un préjudice, n'est certainement pas volontaire au

sens ordinaire de ce terme en anglais parce qu'elle l'a été par d'autres circonstances comme c'est le cas en l'espèce[120]». Sur ce point, les juges Beetz (qui a exprimé son opinion) et Pratte ont souscrit à l'opinion du juge Spence. Ils ont conclu que la règle énoncée dans l'affaire *Ibrahim* est une règle jurisprudentielle qui, par définition, n'est pas exhaustive. Selon eux, le critère d'admissibilité est une règle formelle, soit le principe du caractère volontaire. Par conséquent, l'exclusion d'une déclaration peut être basée sur d'autres motifs que les promesses, les menaces, l'espoir ou la crainte. La règle peut s'appliquer à toute forme de coercition suivant les circonstances de chaque cas.

Après avoir analysé l'arrêt *Horvath*, le juge Martland a cité un autre arrêt de la Cour suprême, l'arrêt *Ward* c. *La Reine*[121], qui portait sur la recevabilité d'une confession faite à la suite d'un accident d'automobile. L'accusé s'était vu inculpé de négligence criminelle dans la conduite d'un véhicule à moteur. Un seul véhicule avait été accidenté. L'accusé et sa compagne avaient été trouvés sur le sol à l'extérieur de la voiture. L'accusé avait déclaré à la personne qui était venue à son secours qu'il était le conducteur du véhicule. Lorsque la police l'a interrogé environ une demi-heure après l'accident, puis à l'hôpital quelques heures plus tard, il a nié être le conducteur. Au cours du voir-dire, il a déclaré ne se souvenir de rien. Le médecin qui l'a traité à l'hôpital a dit que l'accusé était incapable de lui dire ce qui était arrivé.

Prononçant le jugement unanime de la Cour suprême, le juge Spence a interprété le critère du caractère volontaire de la façon suivante:

> À mon avis, il faut en outre, même lorsqu'on ne peut établir qu'il y a eu espoir d'un avantage ou crainte d'un préjudice, se demander si les déclarations ont été faites librement et volontairement, compte tenu de l'état mental de l'accusé au moment où il les a faites pour déterminer si elles reflètent l'état d'esprit conscient de l'accusé[122].

Par conséquent, le juge Spence a jugé que l'exclusion des déclarations faites par Ward à la police était justifiée parce que l'on pouvait raisonnablement douter qu'elles aient été des «propos d'un esprit totalement conscient[123]».

Pour le juge Martland, voici la conclusion qui se dégage des arrêts *Horvath* et *Ward*:

> J'ai examiné la jurisprudence de cette Cour afin d'établir que, pour décider de la recevabilité d'une confession faite à une personne ayant autorité, la Cour ne doit pas s'interroger directement sur l'exactitude ou la véracité de la déclaration faite par l'accusé, mais qu'elle doit plutôt chercher à savoir si la déclaration a été faite librement et volontairement, suivant les règles et si l'on reconnaît dans cette confession les propos d'un esprit totalement conscient[124].

Cette conclusion reflète bien la position adoptée par la majorité des juges de la Cour suprême dans l'affaire *Rothman*. Cela ne règle toutefois pas l'ambiguïté qui subsiste en ce qui concerne les conséquences des arrêts *Horvath* et *Ward*. En effet, il n'est pas certain que le juge Martland ait perçu la question de la capacité comme étant un obstacle à l'interprétation classique du caractère volontaire ou comme étant un facteur qui se rapporte au fardeau de la preuve[125].

Enfin, le juge Martland s'est penché sur l'arrêt *Alward et Mooney* c. *La Reine*[126] et a conclu que rien dans cet arrêt n'indique que la Cour a formulé un nouveau critère de recevabilité d'une confession. Dans cette affaire, les accusés avaient fait des déclarations après qu'un agent de police eut faussement déclaré à un autre policier, en présence des accusés, que la victime avait repris conscience et pouvait identifier ses assaillants. La Cour suprême a jugé que cette déclaration était recevable et n'a jamais laissé entendre que le juge du procès pouvait exclure cette confession pour la seule raison qu'elle avait été obtenue par la ruse. Pour arriver à cette conclusion, la Cour a cité le passage suivant du jugement du juge Limerick de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, d'où l'ambiguïté qui subsiste toujours:

> [TRADUCTION]
> Le véritable critère est le suivant: la preuve présentée par le ministère public a-t-elle établi que personne n'a usé de son autorité pour inciter les accusés à faire des déclarations pouvant être fausses? Le ministère public a rempli cette exigence[127].

On a prétendu que cette affirmation substitue la crédibilité au caractère volontaire comme critère d'admissibilité d'une confession. Pour sa part, le juge Martland a nié qu'un passage d'un jugement d'un tribunal inférieur pouvait modifier un principe classique de cette façon. Il avait sans doute raison. Selon lui, l'arrêt *Alward et Mooney* est tout à fait conforme à la règle classique énoncée dans l'affaire *Ibrahim* telle qu'interprétée par la

Cour suprême du Canada dans les affaires *Boudreau*[128] et *Fitton*[129] et réaffirmée dans d'autres arrêts. Par conséquent, ce qui est significatif dans l'arrêt *Alward et Mooney*, c'est que non seulement l'obtention de déclarations par la ruse et par la tromperie est tolérée, mais aussi que l'arrêt exprime en langage clair le lien étroit qui existe entre la crédibilité et l'interprétation stricte de la règle de l'arrêt *Ibrahim*. Il semble que ce lien soit indirect mais jusqu'ici, il s'agit du seul fondement ayant été retenu par une majorité de juges de la Cour suprême. Paradoxalement, les motifs du jugement de la Cour dans l'affaire *Alward et Mooney* ont été rendus par le juge Spence qui, de toute évidence, a tenu un discours différent dans les arrêts *Horvath* et *Ward*.

Hormis les arrêts *Horvath* et *Ward*, la jurisprudence de la Cour suprême en matière d'aveux est généralement constante mais elle est loin de traduire une unanimité. En effet, bien que l'opinion du juge Martland dans l'affaire *Rothman* reflète le point de vue classique, il ressort de l'opinion dissidente du juge Estey dans cette affaire, une divergence d'opinions fondamentale relativement aux buts de la règle d'exclusion en matière de recevabilité des confessions. C'est peut-être en raison de la rigueur de l'opinion dissidente exprimée par le juge Dubin de la Cour d'appel que cette opinion constitue également, jusqu'à ce jour, le plaidoyer le plus insistant en faveur d'une reformulation de la règle relative aux aveux suivant les principes fondamentaux. Il s'agit du point culminant des initiatives entreprises depuis la dernière décennie par divers membres de la Cour, en commençant par les opinions dissidentes dans l'affaire *R.* c. *Wray*, et c'est pourquoi elle mérite également notre attention.

Soulignons qu'au départ, le juge Estey a basé ses motifs sur les circonstances de l'affaire *Rothman*. Il a précisé que son opinion ne s'applique pas aux affaires dans lesquelles la preuve a été obtenue par d'autres moyens que l'interrogatoire mais seulement aux cas où l'accusé a averti une personne en situation d'autorité qu'il n'a pas l'intention de faire de déclaration. Dans ces cas-là, l'expression «caractère volontaire» doit recevoir une interprétation plus large que celle donnée par la majorité à la règle énoncée par lord Sumner dans l'affaire *Ibrahim*:

> Pour qu'elle soit volontaire, une déclaration doit être offerte spontanément par celui qui la fait, en ce sens qu'elle doit être le fruit d'une *volonté* consciente de la part de celui qui la fait. La *volonté*

> doit se rapporter non seulement au mécanisme de la parole, c.-à-d. l'articulation des idées de la personne qui parle. Lorsque la personne qui fait une déclaration a déjà, comme en l'espèce, refusé de faire une déclaration aux autorités, l'examen du caractère volontaire doit comprendre une appréciation des conditions dans lesquelles la déclaration est faite, y compris une conscience que sa déclaration est offerte «spontanément» à une personne ayant autorité. Appliquer la règle d'une autre façon dans les circonstances en l'espèce ne permettrait pas simplement à l'autorité de se soustraire intentionnellement à l'exercice, que l'accusé a exprimé, de son droit de ne faire aucune déclaration à l'autorité, mais encouragerait l'autorité à le faire[130].

Deux questions nous viennent immédiatement à l'esprit. Sur quel précédent, au Canada, s'appuie cette interprétation du caractère volontaire? Quel est le fondement de l'interprétation du juge Estey?

En ce qui concerne la première question, le juge Estey fit remarquer que les deux opinions majoritaires dans l'affaire *Horvath* ainsi que l'arrêt *Ward* mènent à une même conclusion: la règle, telle que formulée par lord Sumner, n'est pas limitative. Se référant à un arrêt encore plus ancien de la Cour suprême, il cita un passage de l'affaire *R.* c. *Fitton* où le juge Rand a expliqué que l'expression «caractère volontaire» désigne la capacité d'une volonté consciente:

> [TRADUCTION]
> Même le mot «volontaire» prête à débat; dans quel cas peut-on dire que la déclaration n'est pas volontaire en ce sens qu'elle est l'expression d'un choix, qu'on a voulu la faire? Mais c'est le caractère de l'influence de l'idée ou du sentiment derrière cet acte de volonté et sa source que la règle saisit[131].

Le juge Estey affirma ensuite que la Cour suprême, dans l'affaire *Ward*, avait adopté cette interprétation plus large du caractère volontaire dans les termes suivants:

> [I]l faut en outre, même lorsqu'on ne peut établir qu'il y a eu espoir d'un avantage ou crainte d'un préjudice, se demander si les déclarations ont été faites librement et volontairement, compte tenu de l'état mental de l'accusé au moment où il les a faites pour déterminer si elles reflètent l'état d'esprit conscient de l'accusé[132].

Suivant cette analyse, la tromperie et le renversement, par les personnes en situation d'autorité, du choix exprimé par l'accusé de

garder le silence peuvent vicier le caractère volontaire de toute déclaration ainsi obtenue. On peut donc affirmer que la seule différence entre l'opinion majoritaire et l'opinion dissidente dans l'affaire *Rothman* est que cette dernière préconise l'application d'un critère objectif de la «personne en situation d'autorité» dans les cas où l'accusé a refusé de faire une déclaration.

Toutefois, tout comme il donne du caractère volontaire une interprétation plus large que celle de la majorité des juges de la Cour suprême, le juge Estey englobe dans le fondement de la règle davantage que la crédibilité de la preuve:

> Les règles de la preuve en droit pénal, et même en droit civil, portent toutes sur la pertinence, la véracité et l'impartialité, ainsi que sur d'autres préoccupations telles l'économie relative et l'efficacité du procès. Les règles relatives aux confessions ont un élément supplémentaire, soit la préoccupation du public pour l'intégrité du système de l'administration de la justice. Si la véracité des déclarations d'un accusé était le seul aspect à examiner pour établir leur recevabilité, les cours n'auraient pas adopté des principes applicables uniquement aux déclarations faites aux personnes ayant autorité et non aux déclarations incriminantes en général. La véracité ne peut être le seul critère de recevabilité, parce que des déclarations peuvent paraître assez véridiques pour assurer que le juge des faits s'y réfère, et être quand même écartées suivant les normes de la confession[133].

Le juge Estey suggère que l'une des principales raisons qui militent en faveur de l'exclusion est le mode d'obtention de la déclaration qui, s'il viole le droit de l'accusé de garder le silence, porte atteinte à l'intégrité du système judiciaire. L'association entre ces deux principes est exposée clairement dans la citation suivante, qui commence par un passage du jugement rendu par le juge Beetz dans l'affaire *Horvath*:

> Mise à part la suspicion que soulèvent des aveux extorqués par la menace ou les promesses, on a également invoqué d'autres raisons de principe pour expliquer le rejet d'aveux obtenus incorrectement. Mais la raison fondamentale demeure le droit absolu de l'accusé de garder complètement ou partiellement le silence et de ne s'incriminer que s'il le veut. C'est pourquoi il est important que l'accusé comprenne ce qui est en jeu dans cette procédure.
>
> Ce motif supplémentaire comporte depuis toujours, de la part des tribunaux, une reconnaissance de l'avantage et même de la nécessité

> d'adopter, dans l'administration de la justice, un ensemble de principes qui sera accepté par la collectivé et qui recevra son appui. Ainsi, on peut dire que les confessions ne sont pas recevables lorsque le fait de les recevoir discréditerait l'administration de la justice ou, en d'autres mots, porterait atteinte à l'intérêt du public dans l'intégrité de la justice[134].

Vue sous cet angle, la règle d'exclusion est une manifestation spécifique de ce qu'il est convenu d'appeler «les fonctions de surveillance d'un tribunal». Selon le juge Estey, cette conclusion est évidente en soi lorsqu'on examine la règle:

> Bien sûr, le principe [du caractère volontaire] lui-même exige, et cette exigence est absolue, que la déclaration, en fait, soit faite à une personne ayant autorité; et si cette exigence n'est pas remplie, il n'importe pas alors que l'accusé sache que la personne est une personne ayant autorité. Et ce parce que le principe adopté en vue de protéger l'intégrité de l'administration de la justice s'appuie sur la conception que les personnes ayant autorité, étant les instruments de l'État, doivent observer certaines règles de base. Il en est ainsi pour la simple raison que leur autorité même peut, au moyen de promesses ou de menaces, formelles ou tacites, provoquer une déclaration peu importe que l'accusé soit vraiment disposé à la faire, et peut à l'occasion amener des déclarations qui soient entièrement ou partiellement fausses. Il est en outre nécessaire d'adopter ces règles de base pour la raison plus importante que les préceptes éthiques sont un élément primordial d'un système de justice qui veut s'attirer le respect et l'appui de la collectivité qu'il sert, en particulier dans un système judiciaire qui englobe le concept du jury[135].

Quant à l'origine de la règle du caractère volontaire, le juge Estey considère qu'il n'y a pas lieu d'aller plus loin si la règle émane «du désir des tribunaux et de la collectivité d'adopter des politiques qui assureront une administration équitable, impartiale et honorable de la justice[136]». Par conséquent, la crédibilité de la preuve testimoniale, la véracité et le droit de garder le silence sont des corollaires de ce principe fondamental.

En raison des circonstances particulières de l'affaire *Rothman*, le juge Estey a néanmoins traité du droit de l'accusé de garder le silence et comparé celui-ci au privilège de l'accusé de ne pas s'incriminer. Lorsque l'accusé fait valoir ce privilège, il s'agit du droit de ne pas témoigner et, par voie de conséquence, de garder le silence au cours du procès.

> À mon avis, le droit de l'accusé de choisir de ne pas témoigner à son propre procès est un des éléments essentiels de notre théorie générale du droit pénal, au même titre que la présomption d'innocence et le fardeau qu'a la poursuite de prouver la culpabilité hors de tout doute raisonnable suivant la loi. Son droit de garder le silence ne vient pas du fait qu'il est un témoin, mais du fait qu'il est un accusé[137].

Le juge Estey a trouvé un point commun entre le droit de l'accusé de ne pas témoigner et son droit de garder le silence:

> Il s'ensuit sûrement que si notre droit continue à reconnaître le droit d'un accusé de ne pas être contraint à venir à la barre, son témoignage indirect sous la forme de déclarations faites hors de cour à une personne ayant autorité ne devrait pas être recevable parce que, après qu'il a invoqué le droit de garder le silence, ce témoignage sape ou frustre le droit de ne pas témoigner[138].

C'est pourquoi le juge Estey a conclu que la nécessité de protéger l'intégrité de l'administration de la justice justifie l'exclusion des confessions dans tous les cas. Toutefois, ce pouvoir discrétionnaire est limité par l'obligation d'établir une causalité entre le comportement reproché et la déclaration en cause et par l'exigence selon laquelle le comportement doit être choquant à un point tel que l'exclusion est absolument nécessaire pour protéger l'intégrité du système de justice pénale. Les éléments qui influent sur la véracité d'une déclaration ou le droit de l'accusé de garder le silence ne sont que des facteurs qui doivent être laissés à l'appréciation du juge du procès, lequel doit s'assurer que l'accusé a eu droit à un procès équitable.

Comme nous l'avons mentionné précédemment, le juge Lamer a également rendu ses motifs dans l'affaire *Rothman*. Il a souscrit à la conclusion de la majorité mais il semble qu'aucun autre juge de la Cour ait souscrit à ses motifs. Dans un jugement long et difficile, il a tenté de concilier les points de vue de la majorité et des juges dissidents. Ce faisant, il a proposé une formulation radicalement nouvelle de la règle relative aux aveux dans les termes suivants:

> 1. Une déclaration que fait un accusé à une personne en situation d'autorité est irrecevable de la part de la poursuite dans une instance criminelle à moins que le juge soit convaincu hors de tout doute raisonnable qu'aucune personne en situation d'autorité n'a fait ou dit quoi que ce soit qui ait pu inciter l'accusé à faire une déclaration qui soit ou puisse être fausse;

2. Une déclaration que fait l'accusé à une personne en situation d'autorité, même si elle a été obtenue dans des circonstances qui ne la rendent pas irrecevable de la part de la poursuite dans une instance criminelle, doit néanmoins être exclue si, par suite de ce qu'aurait pu dire ou faire une personne en situation d'autorité dans le but d'obtenir la déclaration, l'utilisation qu'on en ferait dans l'instance ternirait l'image de la justice[139].

La première proposition est fondée sur l'opinion suivant laquelle la Cour suprême a, dans l'affaire *Alward et Mooney*, remplacé la règle classique du caractère volontaire par un critère basé sur la crédibilité. La deuxième proposition favorise l'idée que le juge du procès devrait avoir un pouvoir discrétionnaire résiduel d'exclure des déclarations extrajudiciaires lorsque le mode d'obtention de ces déclarations nécessite leur exclusion dans l'intérêt public. Toutefois, ce pouvoir discrétionnaire est assujetti à l'obligation d'établir une causalité entre le comportement reproché et la déclaration en question et à la condition que le comportement soit tellement choquant que l'exclusion est nécessaire pour protéger l'intégrité de l'administration de la justice pénale. Ces propositions ressemblent beaucoup aux recommandations faites par la Commission de réforme du droit du Canada dans son rapport sur la preuve[140].

Se référant à la décision du juge Dickson dans l'affaire *Marcoux et Solomon*[141], le juge Lamer ne semblait pas être d'accord avec l'opinion du juge Dubin de la Cour d'appel suivant laquelle le droit du suspect de garder le silence se rattache au privilège de l'accusé de ne pas s'incriminer. Étant donné que ce privilège est considéré comme un droit du témoin ou de l'accusé à titre de témoin, il ne s'applique pas aux déclarations extrajudiciaires. Nul doute que pour le juge Lamer, ce privilège n'est pas une règle automatique d'exclusion qui sert à surveiller le comportement des autorités. Toutefois, vu les circonstances particulières de l'affaire *Rothman*, où l'accusé a carrément refusé de faire une déclaration, le juge Lamer semblait être disposé à reconnaître que la règle relative aux aveux était suffisamment large pour englober certains éléments d'un privilège extrajudiciaire:

> Mais je veux ajouter ici que je souscris à l'opinion du juge Dubin que la règle est reliée au privilège contre l'auto-incrimination puisqu'à mon avis, elle s'appuie en partie sur le droit dont jouit l'accusé de ne pas être contraint de témoigner; mais elle s'y appuie en partie seulement puisque la règle résulte aussi d'un désir qu'ont les juges de

> protéger la respectabilité du système et, par conséquent, son acceptation même par ceux qu'il sert[142].

Bien entendu, sur ce point, l'opinion du juge Lamer rejoint l'opinion dissidente du juge Estey.

L'opinion du juge Lamer mérite notre attention parce qu'elle tente de réconcilier deux points de vue divergents sur le fondement de la règle relative aux aveux. Pour ce faire, le juge Lamer a proposé des critères spécifiques. Sa première proposition qui, selon lui, l'emporterait sur la plupart des arguments concernant la recevabilité, est que la règle relative aux aveux est un moyen de purger la preuve produite d'éléments qui pourraient compromettre l'appréciation qui en est faite par le juge du fond. Ainsi, le champ d'application de la règle demeurerait relativement étroit. Bien entendu, le deuxième élément de la règle confirmerait, au contraire, l'existence d'un pouvoir discrétionnaire résiduel d'examiner la façon dont une confession a été obtenue et, au besoin, de sanctionner la mauvaise conduite des autorités en excluant les éléments de preuve ainsi obtenus. Selon le juge Lamer, ce double critère permettrait d'assurer que le procès criminel est non seulement un moyen d'obtenir la vérité mais également un moyen de rendre justice.

III. Conclusion

Bien que l'arrêt *Rothman* ne soit qu'une des nombreuses affaires mettant en cause la recevabilité des confessions, il illustre les divers points de vue de la Cour suprême du Canada sur cette question. De plus, il ressort des trois opinions rendues dans cette affaire que certains juges interprètent de façon fort différente les jugements antérieurs prononcés par la Cour, en particulier dans les affaires *Horvath* et *Ward*. Dans une certaine mesure, on peut expliquer l'inconsistance de la jurisprudence de la Cour suprême en interprétant strictement la règle du précédent. Dans de nombreux cas, les juges de la Cour suprême ont souligné que leurs motifs ne s'appliquent qu'aux circonstances particulières de l'es-

pèce. Toutefois, pour quelqu'un qui étudie la décision de la Cour, cela ne peut être qu'une rationalisation plutôt qu'une explication. En effet, la doctrine du précédent ne peut justifier la très grande divergence d'opinions sur le champ d'application et le rôle de la règle relative aux aveux.

Si l'on procède à une analyse de la jurisprudence de la Cour suprême depuis 1971, on doit conclure que la règle énoncée dans l'affaire *Ibrahim* est plus une énigme qu'un principe. Les divergences d'opinions entre la majorité et les juges dissidents dans l'affaire *Rothman* sont essentiellement exposées dans les opinions incidentes, mais elles ne sont pas radicalement différentes de celles qui ont été exprimées dans l'affaire *R.* c. *Wray*. Dans ces deux affaires, la majorité a jugé que la recevabilité des confessions est assujettie à des critères techniques. Si la déclaration répond à ces critères, elle est pertinente et admissible et il ne reste plus qu'à en faire apprécier la valeur probante par le juge du fond. La question du caractère équitable ne se pose que dans la mesure où le juge du fond peut exclure des déclarations préjudiciables à l'accusé si leur valeur probante est insignifiante. Dans ces deux causes, les juges dissidents ont exprimé le point de vue suivant lequel la règle relative aux aveux est essentiellement un principe directeur dont le champ d'application est limité par l'obligation d'agir de manière équitable afin de protéger l'intégrité du procès et d'assurer que les personnes en situation d'autorité mènent leur enquête de façon honnête.

La divergence des points de vue philosophiques qui ressort de l'affaire *Wray* et de l'affaire *Rothman* nous force à faire un choix difficile quant au principe qui doit orienter l'administration de la justice pénale au Canada. Dans le passé, de tels choix n'ont pas toujours donné des résultats concluants. Par exemple, en introduisant le projet de loi S-33, le gouvernement a proposé la codification des principes fondamentaux régissant l'admissibilité, qu'a énoncés le juge Martland dans l'affaire *Wray*. Par ailleurs, le paragraphe 24(2) de la Charte prévoit l'exclusion d'éléments de preuve obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la Constitution. Cette disposition s'inspire largement de l'idée que le pouvoir discrétionnaire d'exclusion est un moyen de surveiller le comportement des autorités. On retrouve d'autres exemples où le pouvoir d'exclure des éléments de preuve permet de surveiller les activités policières, dans les dispositions du *Code criminel* qui régissent l'admissibilité d'éléments de preuve obtenus

au moyen de l'écoute électronique[143] et dans les dispositions de la *Loi sur les jeunes contrevenants* concernant l'admissibilité d'éléments de preuve obtenus en violation des règles de procédure qui sont édictées dans cette loi[144]. Quoi qu'il en soit, il ne fait pas de doute que les règles d'exclusion prévues dans la Constitution et dans diverses lois constituent des exceptions à la règle générale suivant laquelle la preuve obtenue illégalement ou irrégulièrement est admissible.

DEUXIÈME PARTIE

Propositions de réforme

I. Recommandation préliminaire

RECOMMANDATION

1. Ainsi qu'il est proposé dans les Recommandations 2 à 14 inclusivement, la Commission préconise l'adoption de règles ayant force exécutoire pour régir l'interrogatoire des suspects.

Cette recommandation énonce la position de la Commission en ce qui a trait à l'interrogatoire des suspects. Toutes les autres recommandations en découlent.

La Commission est d'avis que le droit relatif aux déclarations extrajudiciaires se compose de règles de procédure et de règles de preuve. Les règles de procédure régissent la manière d'obtenir ces déclarations. Les règles de preuve décrivent la façon dont ces déclarations peuvent être utilisées dans une instance. Le point de rencontre de ces deux groupes de règles est la question de la recevabilité des déclarations. Étant donné que la règle du caractère volontaire des déclarations, formulée pour la première fois dans l'affaire *Ibrahim* v. *The King*[145], est une règle de preuve qui régit la recevabilité d'un type particulier de ouï-dire, son seul but est de faire la distinction entre ce qui est recevable et ce qui est irrecevable en preuve pour décider de la culpabilité ou de l'innocence d'un accusé. Cette règle, telle qu'interprétée par la Cour suprême du Canada, ne cautionne pas d'une façon générale le contrôle judiciaire de l'obtention des déclarations extrajudiciaires par les organismes chargés de l'application de la loi, sauf dans la mesure où elle exige une preuve que la déclaration n'a pas été obtenue dans l'espoir d'un avantage ou par crainte d'un préjudice suscité par une personne en situation d'autorité. Toutefois, la

Commission considère qu'il est nécessaire d'établir des règles pour régir la procédure d'obtention des déclarations.

En ce qui a trait à la forme que pourrait revêtir cette réglementation, la Commission est d'avis que les règles régissant l'interrogatoire des suspects doivent avoir force de loi et, par conséquent, elle recommande que ces règles soient établies par la loi. Bien entendu, un pouvoir réglementaire peut être établi par une loi ordinaire ou par une loi portant délégation d'un tel pouvoir. La Commission n'a pas encore pris position en ce qui concerne le type de texte législatif dans lequel devraient être énoncées des règles de pratique, mais elle est convaincue que seule une loi ordinaire peut, dans l'intérêt public, fixer de façon claire et permanente des règles régissant l'interrogatoire des suspects[146]. Les principes directeurs et les règles de pratique internes de la police n'ont pas force de loi et chaque corps de police peut établir des règles qui lui sont propres. Par ailleurs, bien qu'une loi portant délégation de pouvoir soit obligatoire, il reste qu'elle est, à toutes fins utiles, un mode d'exercice du pouvoir exécutif. Par conséquent, elle n'a ni la visibilité, ni le caractère permanent d'une loi ordinaire. La Commission considère que la nécessité, pour l'État, d'assurer l'équilibre entre la protection de la liberté individuelle et la condamnation des criminels est une tâche qui est suffisamment délicate et sujette à controverse pour justifier que l'organe législatif suprême de notre système de gouvernement ait la responsabilité première d'établir des règles pour régir l'interrogatoire des suspects. Par ailleurs, l'interprétation et la modification de ces règles devraient pouvoir faire l'objet d'une vaste consultation publique et politique.

Bien souvent, la police ignore si une déclaration qu'elle a obtenue sera présentée en preuve par le poursuivant. Toutefois, les chances que cette déclaration soit présentée en preuve augmentent en proportion directe du degré de certitude de la police que son auteur a commis un crime. Lorsqu'une personne est en état d'arrestation ou de détention, ou lorsque des poursuites judiciaires ont été intentées contre elle, il y a déjà des raisons sérieuses de soupçonner qu'elle a commis cette infraction. Cette personne a déjà été accusée même si ce n'est pas formellement[147]. Dans ces cas-là, l'agent de la paix qui procède à son interrogatoire ne tente pas simplement d'obtenir certains renseignements. Il cherche à obtenir des renseignements qui pourraient confirmer ses soupçons que l'accusé a commis une infraction. Il cherche une preuve et, à

toutes fins utiles, il recueille un «témoignage indirect[148]». Comme preuve destinée à convaincre le juge du fond, ce «témoignage» pourrait avoir un effet décisif sur le résultat d'une poursuite contestée. Une déclaration extrajudiciaire peut également permettre de connaître le verdict avant même que l'accusé ait comparu devant le tribunal si l'accusé choisit de plaider coupable en raison de sa déclaration.

À l'heure actuelle, le suspect ne bénéficie d'aucune des garanties légales dont jouit l'accusé dans une instance. Un interrogatoire n'est pas une procédure publique, surtout lorsqu'il a lieu en l'absence d'un avocat, et l'on ne peut comparer le procès-verbal d'un tel interrogatoire avec la transcription d'une audition. De plus, le suspect ne bénéficie pas de la présomption d'innocence: il y a tout au moins des motifs raisonnables de croire qu'il est coupable d'une infraction. Par conséquent, sinon en droit, du moins dans les faits, l'interrogatoire est une forme d'inquisition par laquelle des préposés de l'État tentent d'obtenir une preuve. Cette procédure n'est pas forcément mauvaise. Si un suspect désire faire une déclaration ou s'il veut répondre à des questions, et qu'il connaisse les conséquences de cette déclaration ou de ces réponses, l'interrogatoire est une procédure qui ne peut que favoriser l'administration de la justice pénale.

L'article 469 du *Code criminel*[149], de même que les différentes garanties dont bénéficie l'accusé lors de son procès, y compris son droit de garder le silence, illustrent bien à quel point notre droit attache une importance toute particulière au choix de l'accusé de faire une déclaration devant le tribunal. Nous pensons toutefois que le suspect, la personne sous garde ou la personne à qui un acte judiciaire a été délivré, devrait bénéficier des mêmes garanties légales qu'un accusé devant le tribunal. Pour ces personnes, l'établissement, par voie de législation, de règles et de pratiques devrait leur donner la garantie de la publicité étant donné que le Parlement aura établi des normes régissant l'interrogatoire des suspects par la police. Cette mesure devrait sanctionner l'obligation de rendre compte parce que l'État risque de voir sa preuve être jugée irrecevable si les normes établies ne sont pas respectées. En outre, les garanties législatives profiteront à la fois au suspect et à la Couronne puisque le fait de se conformer à des procédures établies rassure les tribunaux et le public sur la conformité de la conduite de l'enquête et de la poursuite avec les normes qui sont généralement reconnues.

Les raisons susmentionnées qui militent en faveur de la réglementation de l'interrogatoire policier sont davantage le résultat de l'analyse que de l'empirisme. La Commission n'a pas effectué de visite sur place dans le but de comparer les pratiques policières en matière d'investigation, mais elle présume que chaque policier traite les suspects de façon respectueuse. Toutefois, bien qu'elle n'ait pas effectué de recherche empirique exhaustive, la Commission croit tout à fait fondée l'opinion selon laquelle les critères qui régissent actuellement la recevabilité de la preuve n'orientent pas de façon satisfaisante la conduite de l'interrogatoire des suspects par les policiers[150]. En dernière analyse, cette affirmation n'est pas vérifiable. Bien entendu, le contraire ne l'est pas davantage. En effet, tant les juristes que le grand public ont toujours été divisés sur la question de la nécessité de surveiller les pratiques policières en matière d'interrogatoire, et il serait tout à fait illusoire de penser que cette question puisse faire l'objet d'un consensus. Toutefois, pour sa part, la Commission recommande sans hésiter la réglementation de l'interrogatoire policier. La Commission estime qu'une jurisprudence volumineuse, de même que les rapports Ouimet[151], Morand[152] et McDonald[153], sans parler des rapports et des études qui ont été faits pour la Commission royale d'enquête sur la procédure pénale, au Royaume-Uni[154], démontrent bien la nécessité d'établir un mécanisme de surveillance de l'interrogatoire policier.

On peut toutefois dire, à juste titre, que les articles 63 à 72 du projet de loi S-33 constituent, sinon une codification, du moins une refonte des règles de common law qui régissent la recevabilité, en matière pénale, des déclarations extrajudiciaires présentées en preuve par le ministère public. Certaines dispositions particulières dérogent à l'autorité du précédent comme, par exemple, l'abandon de l'obligation pour la Couronne de prouver au-delà de tout doute raisonnable à la faveur de la prépondérance des probabilités, le revirement par rapport au jugement rendu dans l'affaire *DeClercq* c. *La Reine*[155] et certaines modifications apportées à la règle énoncée dans l'affaire *R.* v. *St. Lawrence*[156]. Bien qu'en règle générale, la Commission souscrive aux dispositions du projet de loi concernant les déclarations extrajudiciaires, elle préconise également certaines modifications qui sont proposées ci-dessous, dans les Recommandations 13 et 14.

Lorsqu'il s'est attaqué au fondement de cette règle, une question qui a fait couler beaucoup d'encre, le Groupe de travail

sur l'uniformisation des règles de preuve a fait le commentaire suivant:

> Il existe ... un principe de common law qui se distingue clairement ... selon lequel la Couronne doit prouver ses allégations sans l'aide de l'accusé. Le groupe de travail est d'avis qu'il faut trouver dans ce principe le fondement moderne de la règle du libre aveu[17].

La Commission reconnaît le bien-fondé de cette affirmation. Bien entendu, une règle est fondée sur un principe, dont elle est l'expression et le moyen d'application.

Le poursuivant ne peut forcer l'accusé à l'aider à constituer sa preuve. Bien entendu, sauf si elle y est autorisée expressément, la police ne peut non plus forcer un suspect ou un inculpé à l'aider dans son enquête. Le suspect est libre de fournir son aide, s'il le désire, tout comme les autorités sont libres de demander cette aide. La Commission croit qu'un suspect ne devrait, en aucune façon, se voir demander de divulguer un fait qui pourrait lui être préjudiciable sans avoir été, préalablement, mis en garde contre les conséquences qui pourraient en résulter. Nous sommes d'avis que cette ligne de conduite s'impose et même qu'elle va de soi, chaque fois qu'un suspect sous garde fait une déclaration à un policier. Ce dernier doit avoir des motifs raisonnables et probables d'appréhender une personne, et une personne sous garde doit être considérée comme un prévenu, ne serait-ce qu'en vertu de la définition de ce terme donnée à l'article 448 du *Code criminel*[18]. Toutefois, il n'existe en principe aucune différence entre un suspect qui est formellement inculpé et un suspect qui ne l'est pas car, bien souvent, la police a des motifs raisonnables de soupçonner une personne même si cette personne n'a pas été arrêtée ou ne s'est pas vu délivrer un acte judiciaire.

Un agent de police est un préposé de l'État et de la société, à qui incombe la tâche d'enquêter sur les circonstances des infractions, d'arrêter les suspects et d'engager des poursuites contre les personnes accusées d'un crime. Comme l'a souligné le groupe de travail, l'agent de police est également un préposé de la Couronne. Le processus accusatoire est mis en marche au moment où l'agent de police procède à l'interrogatoire d'un suspect. Le fait de répondre à ses questions constitue une communication de la preuve. La Commission est d'avis que l'interrogatoire policier devrait faire l'objet d'une réglementation formelle, afin de garantir

d'une part, que l'accusé a répondu librement en comprenant bien les conséquences de ses réponses et, d'autre part, afin que la preuve ainsi communiquée soit consignée de façon rigoureuse.

On a déjà recommandé l'établissement de règles pour régir les pratiques de la police en matière d'interrogatoire. En effet, dans son rapport sur les recommandations du Groupe de travail sur l'uniformisation des règles de preuve, la Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada a proposé l'étude de cette question:

> Adoptée. Il est décidé de faire une étude des règles juridiques régissant le comportement de la police lorsqu'elle prend des déclarations, et devant être annexée à la Loi uniforme sur la preuve maintenant devenue le projet de loi S-33[159].

Il va sans dire que la Commission souscrit en principe à cette résolution. La question de savoir si ces règles doivent être insérées dans le projet de loi S-33 ne fait pas l'unanimité, mais nous espérons que les règles proposées dans le présent document de travail pourront servir de base au travail d'élaboration de dispositions législatives comme celles qui sont envisagées dans la résolution adoptée par la Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada.

D'après la Commission, les règles de droit relatives aux déclarations extrajudiciaires devraient comprendre des règles d'application générale qui régiraient les déclarations faites à des personnes en situation d'autorité, et des règles particulières relatives à l'interrogatoire des suspects par des agents de police. Les règles d'application générale primeraient les règles particulières. Les agents de police sont, bien sûr, des personnes en situation d'autorité. Ainsi, lorsque les règles particulières ne pourraient s'appliquer, les déclarations extrajudiciaires faites à ces personnes seraient néanmoins sujettes à l'application des règles générales, comme dans le cas des personnes qui ne sont pas sous garde et qui ne sont pas des suspects. La Commission propose que les dispositions du projet de loi S-33 relatives aux confessions constituent le régime d'application générale, et que la réglementation particulière soit formée des règles proposées ci-dessous. Le régime d'application générale serait essentiellement un moyen de vérifier la valeur probante des déclarations, tandis que les règles particulières seraient un genre de code de procédure régissant l'interrogatoire des suspects. Le point de rencontre de ces deux séries de règles serait la question de la recevabilité.

II. Règles régissant l'interrogatoire des suspects

Chapitre I — Dispositions préliminaires

A. *Application*

RECOMMANDATION

2.(1) Un agent de police qui a des motifs raisonnables de croire qu'une personne a participé à la perpétration d'une infraction ne peut interroger cette personne relativement à cette infraction ou à toute autre infraction sauf s'il agit en conformité avec les présentes règles.

(2) Malgré la généralité de ce qui précède, les présentes règles s'appliquent chaque fois qu'une personne en état d'arrestation ou de détention est interrogée. Elles s'appliquent également chaque fois qu'une personne est un prévenu au sens de l'article 448 du *Code criminel*, si elle a fait l'objet d'une dénonciation ou si un acte d'accusation a été présenté contre elle.

En vertu de la règle générale énoncée au premier paragraphe de cette recommandation, le régime proposé par la Commission s'applique chaque fois qu'un policier veut interroger une personne qu'il a des raisons de soupçonner d'une infraction. Par conséquent, la pierre de touche du régime est la nature des soupçons qui pèsent sur cette personne. Par ailleurs, le deuxième paragraphe énumère des cas où elle peut être fixée par des critères objectifs.

Le critère des «motifs raisonnables» est bien connu en droit anglo-canadien. Ce critère qui régit l'exercice des pouvoirs policiers lorsqu'une autorisation préalable n'est pas nécessaire, comme dans le cas d'une arrestation sans mandat, comporte principalement l'inconvénient d'obliger l'ordre judiciaire à réviser la décision d'un agent de la paix dans toutes sortes de circonstances. Bien que ce critère manque de certitude, il réponc beaucoup mieux aux fins du régime proposé par la Commission et, par voie de conséquence, favorise une observation plus rigoureuse de la part des policiers et une interprétation plus logique de la part des tribunaux qu'une analyse rétrospective du caractère volontaire au cours d'un voir-dire.

La Commission a retenu le critère des motifs raisonnables en se basant sur le principe suivant: si la Couronne ne peut obliger l'accusé à l'aider à constituer son dossier et si elle doit être en mesure de prouver la culpabilité de l'accusé au-delà de tout doute raisonnable sans l'aide de ce dernier, un suspect devrait, dans ce cas, être informé du danger qu'il a d'être condamné et de son droit de garder le silence et ce, à partir du moment où l'enquêteur estime avoir suffisamment de preuves pour entretenir des soupçons à son égard. Lorsque de tels motifs existent, les questions posées à un suspect pour faire avancer une enquête ont pour but d'obtenir des réponses qui pourraient être concluantes lors d'une poursuite ultérieure. Il serait en effet absurde de proposer un régime qui ne s'appliquerait que lorsqu'un suspect est en état d'arrestation ou de détention, qu'il a fait l'objet d'une dénonciation ou qu'un acte d'accusation a été présenté contre lui. Si par seul souci de commodité, les situations mentionnées au deuxième paragraphe sont réunies succinctement sous le terme «garde», il ne fait pas de doute que ces situations indiquent tout au plus qu'une mesure formelle a été prise, basée sur une croyance raisonnable. Cela ne veut pas dire que des motifs raisonnables ne peuvent exister indépendamment d'une mesure formelle, que ce soit l'arrestation, la détention ou la délivrance d'un acte judiciaire. Le droit du suspect de garder le silence entre en ligne de compte chaque fois que d'importants soupçons pèsent sur lui. C'est pourquoi la Commission propose que le régime s'applique chaque fois qu'il existe de tels soupçons.

Le deuxième paragraphe de cette recommandation est basé sur le texte de l'article 10 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et décrit la situation dans laquelle se trouve le citoyen qui a été appréhendé. La dernière partie de ce paragraphe crée une présomption de garde à l'égard des personnes qui ne sont pas nécessairement en état d'arrestation ou de détention au moment de l'interrogatoire et à l'égard des personnes qui n'ont pas nécessairement été arrêtées ou détenues antérieurement. Par définition, la garde physique et la présomption de garde sont fondées sur l'existence de motifs raisonnables et probables et, par voie de conséquence, constituent le point de départ du processus accusatoire.

Telle qu'elle est définie par la Commission dans la Recommandation 2(2), la garde est une notion qui peut être cernée plus facilement de façon objective et il ressort du libellé de la

recommandation que celle-ci est conforme à l'article 10 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La définition de la présomption de garde ne fait que créer une présomption selon laquelle les prévenus bénéficient de l'application de ces règles.

La Commission est très consciente que dans la jurisprudence canadienne, l'expression «en état d'arrestation ou de détention» est parfois ambiguë, en particulier le concept de détention. Toutefois, sans porter de jugement sur nos travaux sur l'arrestation, nous pensons que pour le moment, la meilleure description de la garde physique se trouve dans la Charte et qu'il vaudrait mieux attendre l'interprétation de ces termes par les tribunaux. Essentiellement, il s'agit de savoir si, hormis l'arrestation, il existe un type de détention auquel pourraient s'appliquer les dispositions de l'article 10 de la Charte.

Dans l'affaire *R.* c. *Whitfield*[160], la Cour suprême du Canada a jugé que bien que l'arrestation prive le citoyen de sa liberté, elle ne comporte pas forcément l'exercice d'une véritable contrainte physique. Dans l'affaire *Chromiak* c. *La Reine*[161], la Cour a décidé que détention signifie contrainte et, dans la plupart des cas, contrainte physique. Le tribunal a cependant ajouté que le terme «détention» ne comprend pas nécessairement l'arrestation. Si ces principes sont bien fondés, il semble que la détention ne puisse se rapporter qu'à la contrainte physique qui est exercée sur une personne après son arrestation. Par conséquent, la détention sans arrestation est impossible sur le plan juridique. Par ailleurs, si ce raisonnement constitue un syllogisme parfait, il s'ensuit que garde[162] et détention sont deux notions identiques. Toutefois est-ce un syllogisme parfait?

Il y a au moins une conclusion qui ressort clairement des arrêts *Whitfield* et *Chromiak*. L'arrestation a un sens plus large que la détention parce que, contrairement à l'arrestation qui comprend la détention, celle-ci ne comprend pas nécessairement l'arrestation. C'est ce qui ressort clairement de ces arrêts. On peut supposer que le fait de priver un citoyen de la liberté équivaut à exercer sur lui une contrainte physique et que, par conséquent, l'arrestation englobe la détention. Toutefois, en ce qui concerne la question principale, nous sommes portés à croire que, hormis les exceptions prévues par la loi, l'arrestation est une condition préalable à la détention ou, en d'autres termes, le point de départ de la détention est l'arrestation. Quoi qu'il en soit, le prévenu ne jouit d'aucun droit avant son arrestation.

L'une des principales difficultés que soulève cette analyse, c'est qu'elle va à l'encontre du bon sens, du sens pratique et du sens ordinaire des mots. Les policiers procèdent systématiquement à des simples contrôles sur les citoyens aux fins de leurs enquêtes sans les informer de leurs droits. C'est le cas notamment lorsque des citoyens sont arrêtés pour interrogatoire ou lors d'un contrôle routier pour une raison quelconque[163]. Bien souvent, la police n'a pas de motifs raisonnables et probables de soupçonner ces personnes d'avoir commis une infraction criminelle. Il serait illusoire de penser que ces personnes ne sont pas en état de détention[164]. Même en l'absence d'une autorisation expresse, on peut dire que la loi sanctionne l'existence d'un pouvoir de détention avant l'arrestation si ce n'est que parce que l'exercice de ce pouvoir n'est pas interdit par la loi. La question de principe qui est soulevée est donc celle de savoir si la définition du terme «détention» donnée par la loi doit comprendre tous les types de détention. De toute évidence, pour la police, cette question revêt une importance toute particulière sur le plan pratique.

Si l'on définit le terme «détention» comme étant tout contrôle exercé sur une personne par d'autres moyens que l'arrestation, la police doit remplir le devoir que lui dicte l'article 10 de la Charte et les règles proposées dans le présent document chaque fois qu'elle a affaire à un citoyen. Cela est particulièrement vrai dans l'hypothèse où les tribunaux décideraient qu'un agent de la paix peut peut détenir légalement un citoyen même en l'absence de motifs raisonnables et probables. Pourtant, le fait d'obliger, par la loi ou par la constitution, les agents de la paix à informer, dans ces cas, les citoyens de leurs droits, entraînerait des conséquences absurdes tant sur le plan juridique que social. À toutes fins utiles, chaque rencontre entre un policier et un citoyen serait un affrontement. Ce résultat n'est pas souhaitable ni en droit, ni dans les faits. L'imposition de telles exigences à la police provoquerait un bouleversement des rapports qu'elle entretient avec le public en raison de garanties de procédure qui, bien souvent, seraient tout à fait disproportionnées à la nature et aux causes de la détention.

Tout au moins en ce qui concerne la notion de garde, telle que définie dans la Recommandation 2(2), la Commission préconise une interprétation de la notion de détention selon laquelle, hormis les exceptions prévues par la loi qui sanctionnent le pouvoir de priver une personne de sa liberté, la détention est un état de contrainte à la suite d'une arrestation. Nous pensons que la jurisprudence

corrobore cette interprétation. Nous nous contentons de faire allusion aux problèmes que soulève la définition du terme «détention» parce que nous croyons qu'un document de travail sur l'interrogatoire des suspects n'est pas le meilleur moyen de proposer des solutions concrètes relativement à cette question. Ces termes seront sans doute étudiés par nos tribunaux. Ils feront en outre l'objet d'autres études par les experts de la Commission qui sont chargés d'étudier le droit relatif à l'arrestation. Toutefois, sous certains rapports, ces commentaires sur l'arrestation et la détention s'écartent du sujet car le principal argument que la Commission énonce dans la Recommandation 2 est clair: les règles que nous proposons s'appliqueraient chaque fois qu'un agent de police aurait des motifs raisonnables de croire qu'une personne a participé à la perpétration d'une infraction criminelle.

RECOMMANDATION

3. Sauf en cas d'incompatibilité avec les dispositions de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, les présentes règles s'appliquent également à l'interrogatoire d'un jeune suspect par un agent de la paix.

L'article 56 de la *Loi sur les jeunes contrevenants*[165], qui n'a pas encore été promulguée, énonce des règles régissant la recevabilité des déclarations extrajudiciaires faites par des adolescents inculpés d'un crime. Voici le texte du paragraphe 56(1):

> Sous réserve du présent article, les règles de droit concernant la recevabilité des déclarations faites par des personnes inculpées s'appliquent aux adolescents.

Ainsi, dans l'hypothèse où les règles qui sont proposées dans le présent document de travail serviraient de fondement à la réglementation, par voie de législation, de l'interrogatoire des suspects, et dans l'hypothèse où le projet de loi S-33 serait adopté, ces deux séries de dispositions seraient comprises, par renvoi, dans la *Loi sur les jeunes contrevenants*, et elles régiraient toutes deux la recevabilité des confessions faites par des adolescents. La Commission est d'avis que les règles proposées dans le présent document de travail ne sont pas incompatibles avec l'article 56 de la *Loi sur les jeunes contrevenants*. Cependant, en vertu de cet article, les autorités qui procèdent à l'interrogatoire des adolescents se voient imposer des obligations supplémentaires. Nous

pensons cependant que les procédures prévues dans nos Recommandations 8 à 12 pourraient avoir d'importantes répercussions sur ces pratiques[166].

RECOMMANDATION

4. Les présentes règles ne s'appliquent pas aux déclarations qui peuvent elles-mêmes donner lieu à une accusation.

Bien que cette question n'ait pas été tranchée par la Cour suprême du Canada, les tribunaux inférieurs considèrent qu'il n'est pas nécessaire de tenir un voir-dire lorsque la déclaration en cause constitue le fondement de l'infraction reprochée. Comme l'a souligné le juge Martin, de la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'affaire *Stapleton* v. *The Queen*, cette exception est basée sur le principe selon lequel la règle du caractère volontaire ne régit que la recevabilité de la déclaration extrajudiciaire faite par l'accusé après la perpétration de l'infraction et produite en preuve par le poursuivant[167]. La Commission souscrit à cette opinion.

B. *Interprétation*

RECOMMANDATION

5. Les définitions suivantes sont applicables dans l'interprétation des présentes règles:

«suspect»	**Personne qui, en vertu des Recommandations 2 et 3, est assujettie aux présentes règles;**
«interrogatoire»	**Toute déclaration ou geste visant à obtenir d'une personne, ou raisonnablement susceptible de permettre d'obtenir, une déclaration dans le cadre d'une enquête sur une infraction criminelle;**
«agent de police»	**Tout agent de police, ou toute personne nommée agent de la paix en vertu de la *Loi sur les douanes*, la *Loi sur l'accise*, la *Loi sur les pêcheries* ou la *Loi sur la défense nationale*, ou toute personne agissant à la demande ou avec l'accord d'un agent de police.**

«suspect»

Voir nos commentaires sur la Recommandation 2.

«interrogatoire»

La portée de cette définition est limitée aux déclarations et aux actes qui sont faits au cours de toute enquête criminelle.

Les déclarations extrajudiciaires se situent quelque part entre les véritables déclarations spontanées et volontaires et celles qui sont des réponses précises à des questions. Toutefois, comment peut-on définir la déclaration faite par une personne accusée d'un crime à qui on remet une transcription de certaines déclarations faites par un témoin ou un complice, ou encore la déclaration faite par une personne accusée de vol qualifié lorsqu'on lui présente des photos qui ont été prises à la banque, ou encore la déclaration faite par l'accusé lorsqu'il est confronté avec sa victime présumée? Les cas d'interrogatoires par les agents de la paix dans le but d'obtenir des renseignements ou de recueillir des preuves au sujet d'une infraction sont clairs et ne sont pas difficiles à définir. Ce qui est moins clair, et qui, en effet, soulève de nombreuses difficultés, c'est la question de savoir dans quelle mesure la définition du terme «interrogatoire» doit comprendre les «équivalents techniques» de l'interrogatoire direct. Ce point a été soulevé aux États-Unis relativement à l'application des mises en garde exigées par la Cour suprême dans l'affaire *Miranda* v. *Arizona*[168]. Le cas d'espèce qui a fait autorité sur cette question est l'affaire *Rhode Island* v. *Innis*, dans laquelle la Cour a adopté une définition plus large du terme «interrogatoire»:

> [TRADUCTION]
> Nous pensons que les mises en garde exigées dans l'affaire *Miranda* s'appliquent chaque fois qu'une personne sous garde est soumise à un interrogatoire ou à un équivalent technique. En d'autres termes, en vertu de l'affaire *Miranda*, le terme «interrogatoire» se rapporte non seulement à l'interrogatoire en tant que tel, mais aussi à toute parole prononcée ou à tout acte fait par la police (autres que les paroles prononcées et les actes accomplis dans le cadre de l'arrestation et de la mise sous garde) lorsque la police sait que ces paroles ou ces actes sont susceptibles de lui permettre d'obtenir une déclaration incriminante de la part du suspect. La dernière partie de cette définition concerne davantage la façon dont le suspect perçoit l'interrogatoire que l'intention de la police. Cela démontre que les

> mises en garde de l'affaire *Miranda* ont pour but de permettre au suspect sous garde de bénéficier de garanties supplémentaires contre les pratiques coercitives de la police, sans égard à la preuve objective de l'intention véritable de la police. Ainsi, lorsque la police, sciemment, agit de façon à obtenir du suspect une déclaration incriminante, cela équivaut à un interrogatoire. Cependant, comme la police ne peut être tenue responsable des résultats de ses paroles ou de ses actes qu'elle ne pouvait pas prévoir, la définition du terme «interrogatoire» ne peut s'appliquer qu'aux paroles ou aux actes que la police *devait* savoir raisonnablement susceptibles de lui permettre d'obtenir une déclaration incriminante[169].

La Commission souscrit à ce point de vue. Nous n'avons aucune hésitation à élargir la définition du terme «interrogatoire» pour comprendre les actes qui sont raisonnablement susceptibles de susciter une déclaration de la part du suspect. Théoriquement, cet élargissement n'est qu'une adaptation de la notion de «comportement traduisant une intention d'assertion» qui fait partie de la soi-disant règle de présomption d'aveu. Des gestes sans paroles constituent une contrainte énorme, capables d'influencer la volonté d'un suspect, en particulier d'un suspect sous garde. En effet, de simples gestes susceptibles d'amener quelqu'un à faire une confession seront fréquents, même s'ils ne constituent pas une contrainte physique. Bien que nous souscrivions à l'opinion de la Cour suprême des États-Unis selon laquelle [TRADUCTION] «la police ne peut être tenue responsable des résultats de ses paroles qu'elle ne pouvait pas prévoir», nous pensons que la définition du terme «interrogatoire» devrait être suffisamment souple pour comprendre à la fois les moyens directs et les moyens indirects d'obtenir des déclarations.

Il faut souligner que rien dans nos recommandations ne restreint le but de l'interrogatoire aux déclarations «incriminantes» faites par un suspect. Sur ce point, nous souscrivons au principe énoncé par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Piché* c. *La Reine*[170].

«agent de police»

La Commission a limité l'application des présentes règles aux «agents de police». Bien que cette définition ne soit pas exhaustive, elle comprend tous les agents de la paix dont les principales fonctions consistent à appliquer les dispositions du droit pénal. L'élargissement de la portée du régime proposé imposerait à ces

personnes et à ces organismes une responsabilité sur le plan procédural qui serait disproportionnée par rapport à leur rôle dans l'enquête et la poursuite criminelles.

La dernière partie de la définition du terme «agent de police» donnée par la Commission vient en quelque sorte compenser la portée restrictive des présentes règles. La définition englobe toute personne qui accomplit la volonté d'un agent de police. En common law, les règles régissant l'admissibilité des déclarations extrajudiciaires permettent qu'une personne autre qu'une personne en situation d'autorité devienne, pour les fins de l'application de la règle du caractère volontaire, une personne en situation d'autorité. Vu la définition du terme «agent de police» que propose la Commission, les règles obligeraient toute personne qui, dans les circonstances de l'espèce, pourrait être raisonnablement perçue comme agissant au nom d'un agent de police ou avec le consentement de ce dernier.

Chapitre II — Règles générales

Dans le Chapitre II des recommandations de la Commission, sont énoncées les règles de fond relatives à l'interrogatoire des suspects par des agents de police. La Recommandation 6 énonce le principe général selon lequel un agent de police ne peut interroger un suspect qu'après l'avoir informé de son droit de garder le silence. Une autre exigence vient s'y ajouter. En effet, la Recommandation 7 prescrit qu'une mise en garde sous la forme exigée à la Recommandation 6 doit être faite, à la première occasion raisonnable, à un suspect qui fait une déclaration spontanée, et que cette déclaration doit être consignée aussitôt que possible.

RECOMMANDATION

6.(1) Un agent de police qui a des motifs raisonnables et probables de croire qu'une personne a participé à la perpétration d'une infraction criminelle n'interrogera cette personne relativement à cette infraction ou à toute autre infraction qu'après l'avoir mise en garde dans les termes suivants:

> **Vous avez le droit de garder le silence. Cependant, tout ce que vous direz pourra être produit en preuve contre vous devant le tribunal. Si vous désirez faire une déclaration, ou si vous consentez à être interrogé,**

vous pouvez à tout moment exercer votre droit de garder le silence. Vous pouvez consulter un avocat avant de déclarer quoi que ce soit ou de répondre à une question.

Cette mise en garde doit être faite oralement et elle peut également être donnée par écrit.

(2) Il n'y a pas lieu de répéter une mise en garde si celle-ci a été faite récemment ou lorsque dans d'autres circonstances, une telle répétition serait évidemment inutile.

Avant la promulgation de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la police n'était pas obligée de faire de mise en garde aux personnes qu'elle voulait interroger, mais la plupart des forces policières faisaient ces mises en garde depuis plusieurs années. Après le jugement rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Gach* v. *The King*[171], notre droit n'était pas très clair sur ce point. Dans cette affaire, le juge Taschereau (telle était alors sa qualité) était d'avis qu'en l'espèce, une mise en garde était une condition préalable à la recevabilité d'une confession. Cependant, quelques années plus tard, dans l'affaire *Boudreau*[172], la Cour a jugé que les commentaires du juge Taschereau n'était qu'une opinion incidente. Depuis cette affaire, la mise en garde faite à un suspect relativement à son droit de garder le silence n'est qu'une des circonstances que le juge doit vérifier pour déterminer le caractère volontaire d'une déclaration.

En vertu des articles 10 et 11 de la Charte, la police doit informer les personnes qui sont en état d'arrestation, de détention ou qui sont inculpées d'un crime, de certains droits qui sont prévus par la Constitution. Toutefois, il n'y a rien dans la Charte qui oblige la police à informer une personne de son droit de garder le silence. Pourtant, notre droit reconnaît depuis toujours à tout citoyen le droit absolu de refuser de répondre à des questions ou de faire une déclaration à moins qu'il n'existe une disposition législative particulière qui permette à la police de contraindre une personne à divulguer des renseignements. La Recommandation 6 impose aux policiers le devoir d'informer le suspect de son droit de garder le silence s'ils ont l'intention de l'interroger. Comme le suspect ne bénéficie pas de la présomption d'innocence, il nous semble qu'en toute justice, il devrait être informé d'un droit reconnu par la loi depuis longtemps. La Commission est d'avis que le droit d'un suspect ou d'une personne accusée d'un crime, de garder le silence est sinon plus important, du moins tout aussi important que son droit de consulter un avocat.

La Recommandation 6(2) vise à empêcher toute répétition inutile de la mise en garde exigée au premier paragraphe. Selon la Commission, toute répétition devient inutile lorsque le suspect se rappelle encore très bien la mise en garde qui lui a été faite. C'est la situation visée par le deuxième paragraphe de la recommandation.

En ce qui a trait aux personnes qui sont assujetties à la Recommandation 2(2), la dernière phrase de la mise en garde est, à toutes fins utiles, une répétition de la mise en garde prévue à l'alinéa 10*b*) de la Charte. Par ailleurs, en ce qui concerne les suspects qui ne sont assujettis au régime proposé qu'en vertu de la Recommandation 2(1), on peut dire que la Commission préconise un élargissement du droit du suspect de consulter un avocat, tel qu'il existe actuellement en droit pénal canadien. C'est effectivement ce que la Commission préconise. Bien entendu, on ne pourrait affirmer qu'un suspect n'a pas le droit de consulter un avocat à moins d'y être autorisé par une disposition législative expresse. Tout citoyen a le droit de consulter un avocat. Toutefois, un tel droit n'a d'intérêt que dans la mesure où il peut être exercé. Par conséquent, la position de la Commission sur cette question constitue du droit nouveau en ce que le refus de permettre au suspect de consulter un avocat serait considéré comme une violation des règles et ce, même si la Recommandation 13 ne vient sanctionner que l'absence d'une mise en garde.

RECOMMANDATION

7. Lorsqu'un suspect fait une déclaration spontanée en présence d'un agent de police, ce dernier fait, à la première occasion raisonnable, une mise en garde sous la forme exigée par la Recommandation 6. L'agent de police consigne ensuite cette déclaration aussitôt que possible dans les circonstances.

Une déclaration spontanée est une déclaration volontaire à l'état pur. La procédure recommandée dans le présent document se passe de commentaires.

RECOMMANDATION

8. Les agents de la paix doivent, dans un délai raisonnable, lequel ne doit jamais dépasser trente jours suivant la déclaration, remettre au suspect ou à son avocat une copie authentique de tout

enregistrement par écrit ou sur bande magnétique des réponses données ou des déclarations faites, en vertu des [présentes règles], par ce suspect.

Cette recommandation ne nécessite aucune explication.

Chapitre III — Formalités d'enregistrement

A. *L'interrogatoire hors du poste de police ou de la prison*

RECOMMANDATION

9. Lorsqu'un suspect est interrogé en un lieu autre qu'un poste de police ou une prison, un agent de police qui assiste à l'interrogatoire doit, le plus tôt possible et de la façon la plus complète possible, consigner par écrit toutes les questions posées et les réponses données. Le procès-verbal doit indiquer l'heure du début et de la fin de l'interrogatoire et en signaler toute interruption; il doit également préciser le lieu de l'interrogatoire, l'identité de toutes les personnes présentes ainsi que l'heure à laquelle il a été dressé. L'agent de police qui a dressé le procès-verbal doit le signer.

B. *L'interrogatoire au poste de police ou en prison*

(1) L'enregistrement de l'interrogatoire

RECOMMANDATIONS

10. L'interrogatoire qui a lieu au poste de police ou en prison doit, si possible, être enregistré sur bande magnétique ou magnétoscopique. Au début de l'interrogatoire, un agent de police qui y assiste signale au suspect que cet interrogatoire sera enregistré électroniquement. L'agent de police donne au suspect une mise en garde sous la forme exigée à la Recommandation 6. Il doit en outre mentionner l'heure avant d'entreprendre l'interrogatoire.

11. À la fin de l'interrogatoire enregistré, un agent de police qui y a assisté déclare la date et l'heure et place ensuite la bande en lieu sûr. La bande doit être accompagnée d'un certificat signé par les agents de police présents, et attestant l'identité de toutes les personnes présentes lors de l'interrogatoire ainsi que l'heure du début et de la fin de l'interrogatoire.

(2) L'interrogatoire n'est pas enregistré

12. Les questions posées et les réponses données au cours d'un interrogatoire d'un suspect qui a lieu au poste de police ou en prison mais qui n'est pas enregistré électroniquement doivent, aussitôt que possible et de la façon la plus complète possible, être consignées par un agent de police qui y assiste. Le procès-verbal indique l'heure du début et de la fin de l'interrogatoire et en signale toute interruption; il précise également le lieu de l'interrogatoire, l'identité de toutes les personnes présentes ainsi que l'heure à laquelle il a été dressé. À la fin de l'interrogatoire, l'agent de police qui a dressé le procès-verbal doit le signer.

Vu l'influence énorme que peuvent avoir les confessions sur le déroulement d'un procès et, par voie de conséquence, sur le verdict de culpabilité ou d'acquittement de l'accusé, il importe que le poursuivant puisse déposer devant le tribunal un procès-verbal qui contient, autant que possible, les détails exacts de la déclaration et des circonstances dans lesquelles cette déclaration a été faite. À l'heure actuelle, la preuve présentée lors d'un voir-dire est souvent vague et ambiguë, et les arguments avancés lors du voir-dire sont trop souvent basés sur des affirmations qui ne peuvent être corroborées. Les Recommandations 8 à 12 ont pour but de faciliter la reconstitution d'un interrogatoire. Ces formalités permettront non seulement aux tribunaux d'accélérer la procédure du voir-dire, mais elles devraient également, dans une large mesure, protéger la police contre des allégations injustifiées de mauvaise conduite. En particulier, ces procédures ont l'avantage de diminuer, par la rédaction d'un procès-verbal complet, le nombre de contestations au sujet de l'identification des personnes qui sont appelées à venir témoigner lors du voir-dire. De même, bien qu'il soit impossible d'évaluer le nombre de falsifications de procès-verbal qui pourraient survenir, le respect des règles proposées devrait diminuer l'incidence des reconstitutions douteuses et d'autres problèmes semblables.

Il est vrai que les règles de procédure que nous préconisons dans le Chapitre III constituent un moyen habile d'introduire un peu de publicité et, par voie de conséquence, l'obligation de rendre compte, dans les procédures d'interrogatoire. La Commission espère que ces mesures, si elles sont prises, pourront dissiper certains doutes, tout à fait naturels, sur les procédures d'enquête secrètes. Bien que nous ne proposions pas d'exiger la corrobora-

tion des déclarations faites par des suspects, nous croyons que l'application des règles proposées dans le présent chapitre rendra plus crédibles les déclarations faites aux policiers.

Le Chapitre III fait trois importantes distinctions: la distinction entre l'interrogatoire des suspects et l'interrogatoire des non-suspects; la distinction entre l'interrogatoire hors du poste de police et l'interrogatoire au poste de police; enfin, la distinction entre l'interrogatoire qui est enregistré et l'interrogatoire qui n'est pas enregistré. Tant ces recommandations que le projet de réglementation au complet sont fondés sur le principe suivant: la sévérité des règles auxquelles est assujettie la police devrait s'accroître à mesure que l'on franchit des étapes de l'enquête: à partir de l'interrogatoire, hors du poste de police, d'une personne qui n'est pas sous garde, jusqu'à l'interrogatoire, au poste de police, d'un suspect sous garde. Ainsi, on peut résumer les règles proposées dans le Chapitre III comme suit:

— La procédure d'interrogatoire des personnes qui ne sont pas des suspects est soumise non pas aux règles proposées dans le présent document de travail mais aux règles ordinaires régissant la recevabilité des déclarations.

— L'interrogatoire des suspects est assujetti à la fois aux règles ordinaires et à toutes les règles qui sont proposées dans le présent document de travail.

— La Recommandation 9, qui oblige les autorités à dresser un procès-verbal complet qui contient les détails exacts des questions posées, des déclarations faites et des circonstances dans lesquelles ces déclarations ont été faites, vise l'interrogatoire hors du poste de police.

— L'interrogatoire au poste de police ou en prison devrait, si possible, être enregistré.

À l'exception des dispositions relatives à l'enregistrement sur bande magnétique ou magnétoscopique qui, en quelque sorte, sont fondées sur les dispositions du *Model Code of Pre-Arraignment Procedure*, les règles proposées dans le Chapitre III s'inspirent largement des règles élaborées par les juges en Grande-Bretagne.

Ce projet de réglementation témoigne d'une préférence pour l'enregistrement de l'interrogatoire au poste de police par des

moyens électroniques. Toutefois, ce type d'enregistrement n'est pas obligatoire. Pour les organismes chargés de l'application de la loi, la disposition relative à l'utilisation de l'équipement électronique constitue sans doute une obligation fort onéreuse. C'est pourquoi la Commission considère que l'insistance sur l'utilisation de la procédure d'enregistrement sur bande magnétique ou magnétoscopique est, sinon inconstitutionnelle, du moins déraisonnable. Nous avons néanmoins rédigé ces dispositions de manière à ce que le juge, lors d'un voir-dire, puisse vérifier la raison pour laquelle il n'était pas possible d'enregistrer l'interrogatoire sur bande magnétique, de la même façon qu'il peut vérifier si d'autres règles proposées n'ont pas été respectées. Il faut, sur ce point, souligner que lorsque les déclarations ne sont pas enregistrées sur bande magnétique, la procédure prévue à la Recommandation 12 s'applique.

La Commission n'a pas encore étudié les difficultés tant sur le plan logistique que sur le plan scientifique que pourrait entraîner l'enregistrement de l'interrogatoire sur bande magnétique. En particulier, elle n'a pas étudié l'aspect technique de l'enregistrement afin d'apprécier les dangers de falsification ou de mauvais fonctionnement. Toutefois, on peut dire qu'en dépit des dangers qu'il comporte, l'enregistrement sur bande magnétique constituerait une nette amélioration par rapport aux lacunes du témoignage verbal[173]. Non seulement l'enregistrement de l'interrogatoire pourrait permettre au tribunal de mieux évaluer de façon objective la véracité du témoignage et la crédibilité des témoins, mais il devrait également accroître la recevabilité des déclarations extrajudiciaires. Nous n'entrevoyons aucune difficulté en ce qui concerne la preuve des enregistrements dans la mesure où l'on établit de façon satisfaisante la continuité de la possession.

Chapitre IV — Mise en vigueur

RECOMMANDATION

13. La Commission recommande la mise en vigueur de ces règles par la modification de l'article 64 du projet de loi S-33, de la façon suivante:

64.(1) La poursuite ne peut produire en preuve au procès ou à l'enquête

> préliminaire une déclaration, autre qu'une déclaration visée aux alinéas 62(1)*f*), *g*), *h*) ou *i*), faite par l'accusé à une personne en situation d'autorité que si, lors d'un voir-dire tenu à cette fin, elle établit, au-delà de tout doute raisonnable, que cette déclaration était volontaire.
>
> (2) Nonobstant les exigences du paragraphe (1) relativement à la recevabilité de la déclaration, la poursuite ne peut produire en preuve au procès ou à l'enquête préliminaire une déclaration faite par un suspect si cette déclaration a été obtenue en violation des [présentes règles], à moins qu'il ne soit prouvé que cette violation n'est que le résultat d'un vice de forme ou d'un vice de procédure sans conséquence.

Cette recommandation se compose de deux parties. Dans la première partie, il est proposé que l'article 64 du projet de loi S-33 devienne le paragraphe 64(1) et que le degré de preuve requis par le projet de loi soit modifié de façon à ce que le ministère public soit obligé d'établir le caractère volontaire de la déclaration au-delà de tout doute raisonnable plutôt que selon la prépondérance des probabilités. La deuxième partie de la recommandation est le paragraphe 64(2). La Commission propose que ce paragraphe constitue le mécanisme d'application des règles proposées dans les Recommandations 2 à 12.

Le Groupe de travail et la Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada se sont, semble-t-il, révélés aussi indécis l'un que l'autre sur la question du degré de preuve requis de la Couronne pour établir le caractère volontaire d'une déclaration. En effet, ces deux groupes ont pris position sur de nombreux aspects de cette question et, au cours de leurs délibérations, ils ont tous deux eu l'occasion de revenir sur ces positions[174]. La Commission recommande sans hésiter que le degré de preuve requis soit celui que les tribunaux canadiens connaissent très bien, soit l'obligation de prouver au-delà de tout doute raisonnable. Par conséquent, nous souscrivons aux opinions de la majorité des membres du groupe de travail[175].

La preuve des confessions, lorsqu'elle est complète, constitue la meilleure preuve en matière pénale. Même si cette preuve n'est formée que d'aveux incomplets, elle permet souvent au poursuivant de faire la preuve au-delà de tout doute raisonnable. Bien que le degré de preuve requis pour la recevabilité d'une confession, par comparaison à d'autres cas où la recevabilité est en cause, soit exceptionnellement élevé, la preuve de la recevabilité de la confession entraîne généralement la condamnation de l'accusé. Ainsi, le poids écrasant des confessions justifie le niveau supérieur des critères de recevabilité. Certains membres du groupe de travail se sont opposés au principe de la preuve au-delà de tout doute raisonnable parce qu'il accorde aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire d'exclusion fondé uniquement sur l'appréciation des faits par le juge. En outre, d'après eux, cette exigence du degré de preuve donnerait lieu à des interventions inopportunes de l'ordre judiciaire dans le processus d'enquête[176]. Pourtant, dans la mesure où la Cour suprême du Canada a rattaché le caractère volontaire d'une déclaration à l'obtention d'une déclaration sans promesses ni menaces, il nous paraît évident qu'un degré de preuve plus faible n'aurait pour effet que de permettre l'admission d'éléments de preuve moins fiables. Concrètement, cela signifie l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire d'admettre la preuve et la production de preuves beaucoup moins crédibles. En effet, une telle modification du principe empêcherait les tribunaux de surveiller la manière dont sont recueillies les déclarations extrajudiciaires. La Commission croit que si l'on diminue le fardeau de la preuve, les tribunaux seront incapables de protéger l'intégrité du processus judiciaire dans la mesure où les juges seront obligés de permettre la production, devant le juge des faits, de preuves moins fiables mais très préjudiciables à l'accusé. C'est pourquoi nous recommandons fortement que la Couronne soit encore obligée de prouver le caractère volontaire d'une déclaration extrajudiciaire au-delà de tout doute raisonnable.

Pour la mise en vigueur des règles proposées dans les Recommandations 2 à 12, la Commission préconise l'établissement d'une présomption d'irrecevabilité. Selon l'esprit des dispositions proposées par la Commission, la déclaration obtenue par un agent de police au cours de l'interrogatoire d'un suspect serait ordinairement recevable s'il était établi que ces règles ont été respectées. A contrario, plus la dérogation à ces règles serait importante, plus il serait difficile de faire admettre la déclaration. Mais avant de faire des commentaires sur la proposition visant à l'établissement d'une

présomption d'irrecevabilité, nous allons expliquer en quelques mots pourquoi nous avons choisi la règle de l'exclusion comme mécanisme d'application.

On a souvent prétendu que la règle de l'exclusion protège le juge du fond contre des témoignages peu dignes de foi. Nous croyons également qu'il faut refuser les déclarations dont l'examen risquerait de nuire au contrôle de la véracité d'une allégation. Nous n'estimons cependant pas qu'il s'agisse là du seul but de cette règle, tout comme nous ne croyons pas que le seul but du procès soit la recherche de la vérité. Les règles d'exclusion de la preuve sont des énoncés de principe, comme l'a fait observer lord Sumner dans l'arrêt *Ibrahim*[177].

Comme nous l'avons mentionné précédemment, l'exégèse de la jurisprudence ne permettra pas de définir un principe unique, pouvant justifier l'exclusion de certaines déclarations. Nous savons toutefois que l'exclusion est la sanction de l'utilisation de témoignages inacceptables, pour quelque raison que ce soit. Le danger que comporte la présentation au juge du fond de témoignages peu dignes de foi n'est qu'une des justifications de la sanction. En dépit des décisions majoritaires rendues à plusieurs reprises par la Cour suprême du Canada, la Commission affirme que d'autres motifs peuvent justifier l'exclusion. Nous souscrivons à l'opinion dissidente exprimée par le juge Estey dans l'affaire *Rothman* selon laquelle ce pouvoir découle en dernière analyse de l'obligation du juge de veiller à ce que le procès soit équitable et de protéger l'intégrité du système de justice pénale[178]. Ces termes ont toujours prêté à des interprétations diverses, voire contradictoires, mais ils sanctionnent à notre avis l'existence d'un pouvoir judiciaire de contrôle de la façon dont la preuve est obtenue. Le paragraphe 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* confère ce pouvoir sur le plan constitutionnel. Il n'y a aucune raison, selon nous, de ne pas l'appliquer sur d'autres plans mettant en cause la recherche d'éléments de preuve relatifs à la perpétration d'un crime. En ce qui a trait aux confessions, cela signifie que le pouvoir d'exclusion doit être utilisé lorsque les policiers ont forcé ou tenté de forcer un suspect à divulguer des renseignements. Le pouvoir d'exclure des éléments de preuve, prévu par la Charte, est lié directement à l'exercice des pouvoirs de la police et aux pratiques policières. Le Groupe de travail sur l'uniformisation des règles de preuve a préconisé que les fautes commises par les policiers fassent l'objet de sanctions disciplinaires, civiles ou même

pénales et n'entraînent pas l'exclusion de la preuve, parce que celle-ci permet à l'accusé d'obtenir l'acquittement malgré l'existence de témoignages incriminants et dignes de foi[179]. La Commission croit cependant, à l'instar de la Commission royale d'enquête sur la procédure pénale, que le pouvoir d'exclusion doit servir à la fois à des fins disciplinaires et à des fins de preuve:

> [TRADUCTION]
> Lorsque certaines règles ont été établies pour l'exécution des enquêtes criminelles, le citoyen s'attend, et a droit, à ce qu'elles soient respectées à son égard. Si ce n'est pas le cas, il ne devrait pas courir de risque et l'enquêteur ne devrait en tirer aucun avantage. Les cours ont l'obligation de protéger les droits des citoyens. Dans ce cas-là, le meilleur moyen est d'enlever à l'enquêteur ce qui l'avantage et de supprimer ce qui présente un risque pour l'accusé, c'est-à-dire d'exclure la preuve. Si l'on applique ce principe, l'exclusion de la preuve valide obtenue de façon irrégulière est le prix qu'il faut payer pour faire en sorte que le public fasse confiance aux règles de la procédure criminelle et considère le système comme équitable[180].

Vu ces principes, il ne s'agit plus que de décider si l'exclusion doit être prononcée d'une façon discrétionnaire ou automatiquement.

Les Recommandations 2 à 12 établissent des règles régissant l'interrogatoire policier. Elles forment un code de règles. Nous croyons que ces règles devraient avoir force de loi. C'est pourquoi nous recommandons qu'elles soient édictées dans le cadre d'une loi. Le régime que nous proposons est simple et avantageux. Il incorpore les éléments essentiels d'un régime pratique pour l'interrogatoire des suspects. C'est pourquoi la Commission considère que l'établissement d'une présomption d'irrecevabilité serait le moyen le plus efficace de faire observer un tel code de règles. Nous reconnaissons toutefois qu'une règle d'exclusion automatique serait mauvaise si elle ne comportait pas d'exceptions. Par conséquent, toute déclaration obtenue en violation des règles proposées serait présumée irrecevable à moins qu'il ne soit prouvé que la violation était le résultat d'un vice de procédure insignifiant ou d'un vice de forme. La règle doit prévoir qu'une dérogation pourrait, après un examen minutieux des faits, se révéler peu importante et relativement sans conséquence. Ce sont les règles mêmes qui constituent les critères suivant lesquels on peut faire valoir l'exception à la règle de l'exclusion automatique. Par conséquent, l'intention délibérée de se soustraire à l'application

des règles ou la dérogation à celles-ci par négligence ne peuvent justifier cette exception. Le but de ces règles est de fournir un compte rendu intégral des circonstances dans lesquelles l'interrogatoire et la déclaration ont été faits. Si l'on y a dérogé dans une mesure quelconque, ce but n'a pas été atteint. Ce fait est suffisant pour diminuer la recevabilité. Mais, répétons-le, seules les dérogations qui, d'après leur nature et leur gravité, sont importantes, doivent être sanctionnées par l'exclusion. Pour répondre à l'objection selon laquelle le libellé du paragraphe 64(2) est trop vague pour être applicable, nous ferons observer que c'est une expression avec laquelle les juristes se familiariseront de plus en plus au fur et à mesure que ces règles seront interprétées par les tribunaux. En ce qui concerne le critère d'insignifiance et le fardeau de la preuve, la règle d'exclusion formulée dans la Recommandation 13 est analogue à celles qui sont formulées au paragraphe 178.16(3) du *Code criminel* et au paragraphe 24(1) de la Charte. Dans la plupart des cas, il incombera à la Couronne de faire valoir une exception à la règle de l'exclusion automatique, mais cette disposition est rédigée de manière à permettre au juge d'invoquer l'exception *proprio motu* vu la preuve produite au cours du voir-dire.

RECOMMANDATION

14. La Commission recommande également la modification de l'article 70 du projet de loi S-33, de la façon suivante:

> **70.(1) Une déclaration est réputée avoir été faite à une personne autre qu'une personne en situation d'autorité si l'inculpé ignorait que la personne à qui il faisait cette déclaration était une personne en situation d'autorité.**
>
> **(2) Nonobstant le paragraphe (1), si la déclaration a été faite à un agent de police par une personne sous garde au sens de la [Recommandation 2(2)], cette déclaration doit être considérée comme une déclaration faite à un agent de police, que cette personne ait été au courant ou non qu'elle faisait sa déclaration à un agent de police.**

L'article 70 du projet de loi S-33 qui, en vertu de cette recommandation devient le paragraphe 70(1), codifie la règle

énoncée par la majorité de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Rothman* c. *La Reine*[181]. Selon le raisonnement des juges, il faut appliquer un critère subjectif pour déterminer qui est une personne en situation d'autorité. Ils ont formulé ce critère sous la forme d'une question à deux volets: lorsqu'il a fait la déclaration, l'inculpé savait-il que la personne à qui il s'adressait était une personne en situation d'autorité? Ou était-il raisonnable qu'il crût que cette personne était une personne en situation d'autorité? Si, après l'examen de toutes les circonstances, le juge répond par l'affirmative, il doit ensuite appliquer la règle relative aux confessions afin de déterminer si la déclaration est recevable. Dans *Rothman*, la majorité a conclu qu'il n'était pas nécessaire de se prononcer sur le caractère volontaire de la déclaration puisqu'elle n'avait pas été faite à une personne en situation d'autorité suivant le critère subjectif appliqué. La déclaration était recevable sans mode de preuve particulier à titre de déclaration faite à une personne autre qu'une personne en situation d'autorité. À toutes fins utiles, cette décision a pour effet d'approuver l'emploi de la ruse pour obtenir une confession.

La Commission ne s'oppose pas de façon catégorique à l'utilisation d'agents d'infiltration ou d'autres stratagèmes pour faciliter les enquêtes criminelles. En outre, les règles proposées sont censées s'appliquer dans des circonstances où le suspect est interrogé par un agent de police qui exerce manifestement cette fonction. Nous contestons cependant l'emploi de ces méthodes à l'endroit de personnes sous garde, surtout si celles-ci ont été mises en accusation ou ont fait valoir leur droit de garder le silence. La personne sous garde doit être traitée avec franchise et équité par les policiers. L'emploi de la ruse à son égard est, selon nous, incompatible avec le principe énoncé par le Groupe de travail sur l'uniformisation des règles de preuve: la Couronne ne peut pas forcer l'inculpé à divulguer des renseignements. On nous opposera que la personne sous garde qui fait une déclaration à une personne qui, selon des critères objectifs, n'est pas une personne en situation d'autorité est dans la même situation juridique que celle qui, selon des critères objectifs, ne s'adressait pas à une personne en situation d'autorité; on refusera donc d'admettre que sa situation se compare davantage à celle de l'accusé au procès. Il s'agit là clairement d'une question de principe, de choix[182]. Nous sommes d'avis que lorsque la personne a été mise sous garde, tous les éléments essentiels d'une poursuite sont réunis. Nous sommes d'avis que des règles doivent être établies pour faire en sorte que toute

déclaration faite par une personne sous garde soit volontaire, c'est-à-dire qu'elle la fasse à la suite d'une décision consciente après avoir été informée de son droit de garder le silence et avoir été mise en garde contre les conséquences de sa déclaration.

Chapitre V — Recommandation finale

15. La Commission recommande l'élaboration d'une formule sur laquelle seront consignées les réponses ou la déclaration écrite. [Voir l'annexe A.]

Une formule, pour être complète, n'en doit pas moins être d'utilisation pratique. Celle que nous proposons vise à faciliter le travail des policiers et des tribunaux. Nous croyons qu'elle peut servir à tous les interrogatoires sans accroître indûment la tâche administrative des policiers. En fait, l'agent de police consciencieux devrait avoir moins de difficulté à remplir cette formule qu'à rédiger un rapport ordinaire.

Si une partie de l'interrogatoire est enregistrée électroniquement, l'agent ou les agents présents mentionnent ce fait sur la formule.

TROISIÈME PARTIE

Sommaire des recommandations

I. Recommandation préliminaire

1. Ainsi qu'il est proposé dans les Recommandations 2 à 14 inclusivement, la Commission préconise l'adoption de règles ayant force exécutoire pour régir l'interrogatoire des suspects.

II. Règles régissant l'interrogatoire des suspects

Chapitre I — Dispositions préliminaires

A. *Application*

2.(1) Un agent de police qui a des motifs raisonnables de croire qu'une personne a participé à la perpétration d'une infraction ne peut interroger cette personne relativement à cette infraction ou à toute autre infraction sauf s'il agit en conformité avec les présentes règles.

(2) Malgré la généralité de ce qui précède, les présentes règles s'appliquent chaque fois qu'une personne en état d'arrestation ou de détention est interrogée. Elles s'appliquent également chaque fois qu'une personne est un prévenu au sens de l'article 448 du *Code criminel*, si elle a fait l'objet d'une dénonciation ou si un acte d'accusation a été présenté contre elle.

3. Sauf en cas d'incompatibilité avec les dispositions de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, les présentes règles s'appliquent

également à l'interrogatoire d'un jeune suspect par un agent de la paix.

4. Les présentes règles ne s'appliquent pas aux déclarations qui peuvent elles-mêmes donner lieu à une accusation.

B. *Interprétation*

5. Les définitions suivantes sont applicables dans l'interprétation des présentes règles:

«suspect»	Personne qui, en vertu des Recommandations 2 et 3, est assujettie aux présentes règles;
«interrogatoire»	Toute déclaration ou geste visant à obtenir d'une personne, ou raisonnablement susceptible de permettre d'obtenir, une déclaration dans le cadre d'une enquête sur une infraction criminelle;
«agent de police»	Tout agent de police, ou toute personne nommée agent de la paix en vertu de la *Loi sur les douanes*, la *Loi sur l'accise*, la *Loi sur les pêcheries* ou la *Loi sur la défense nationale*, ou toute personne agissant à la demande ou avec l'accord d'un agent de police.

Chapitre II — Règles générales

6.(1) Un agent de police qui a des motifs raisonnables et probables de croire qu'une personne a participé à la perpétration d'une infraction criminelle n'interrogera cette personne relativement à cette infraction ou à toute autre infraction qu'après l'avoir mise en garde dans les termes suivants:

> Vous avez le droit de garder le silence. Cependant, tout ce que vous direz pourra être produit en preuve contre vous devant le tribunal. Si vous désirez faire une déclaration, ou si vous consentez à être interrogé, vous pouvez à tout moment exercer votre droit de garder le silence. Vous pouvez consulter un avocat avant de déclarer quoi que ce soit ou de répondre à une question.

Cette mise en garde doit être faite oralement et elle peut également être donnée par écrit.

(2) Il n'y a pas lieu de répéter une mise en garde si celle-ci a été faite récemment ou lorsque dans d'autres circonstances, une telle répétition serait évidemment inutile.

7. Lorsqu'un suspect fait une déclaration spontanée en présence d'un agent de police, ce dernier fait, à la première occasion raisonnable, une mise en garde sous la forme exigée par la Recommandation 6. L'agent de police consigne ensuite cette déclaration aussitôt que possible dans les circonstances.

8. Les agents de la paix doivent, dans un délai raisonnable, lequel ne doit jamais dépasser trente jours suivant la déclaration, remettre au suspect ou à son avocat une copie authentique de tout enregistrement par écrit ou sur bande magnétique des réponses données ou des déclarations faites, en vertu des [présentes règles], par ce suspect.

Chapitre III — Formalités d'enregistrement

A. *L'interrogatoire hors du poste de police ou de la prison*

9. Lorsqu'un suspect est interrogé en un lieu autre qu'un poste de police ou une prison, un agent de police qui assiste à l'interrogatoire doit, le plus tôt possible et de la façon la plus complète possible, consigner par écrit toutes les questions posées et les réponses données. Le procès-verbal doit indiquer l'heure du début et de la fin de l'interrogatoire et en signaler toute interruption; il doit également préciser le lieu de l'interrogatoire, l'identité de toutes les personnes présentes ainsi que l'heure à laquelle il a été dressé. L'agent de police qui a dressé le procès-verbal doit le signer.

B. *L'interrogatoire au poste de police ou en prison*

(1) L'enregistrement de l'interrogatoire

10. L'interrogatoire qui a lieu au poste de police ou en prison doit, si possible, être enregistré sur bande magnétique ou magnétoscopique. Au début de l'interrogatoire, un agent de police qui y assiste signale au suspect que cet interrogatoire sera enregistré électroniquement. L'agent de police donne au suspect une mise en garde sous la forme exigée à la Recommandation 6. Il doit en outre mentionner l'heure avant d'entreprendre l'interrogatoire.

11. À la fin de l'interrogatoire enregistré, un agent de police qui y a assisté déclare la date et l'heure et place ensuite la bande en lieu sûr. La bande doit être accompagnée d'un certificat signé par les agents de police présents, et attestant l'identité de toutes les personnes présentes lors de l'interrogatoire ainsi que l'heure du début et de la fin de l'interrogatoire.

(2) L'interrogatoire n'est pas enregistré

12. Les questions posées et les réponses données au cours d'un interrogatoire d'un suspect qui a lieu au poste de police ou en prison mais qui n'est pas enregistré électroniquement doivent, aussitôt que possible et de la façon la plus complète possible, être consignées par un agent de police qui y assiste. Le procès-verbal indique l'heure du début et de la fin de l'interrogatoire et en signale toute interruption; il précise également le lieu de l'interrogatoire, l'identité de toutes les personnes présentes ainsi que l'heure à laquelle il a été dressé. À la fin de l'interrogatoire, l'agent de police qui a dressé le procès-verbal doit le signer.

Chapitre IV — Mise en vigueur

13. La Commission recommande la mise en vigueur de ces règles par la modification de l'article 64 du projet de loi S-33, de la façon suivante:

> **64.(1) La poursuite ne peut produire en preuve au procès ou à l'enquête préliminaire une déclaration, autre qu'une déclaration visée aux alinéas 62(1)*f*), *g*), *h*) ou *i*), faite par l'accusé à une personne en situation d'autorité que si, lors d'un voir-dire tenu à cette fin, elle établit, au-delà de tout doute raisonnable, que cette déclaration était volontaire.**
>
> **(2) Nonobstant les exigences du paragraphe (1) relativement à la recevabilité de la déclaration, la poursuite ne peut produire en preuve au procès ou à l'enquête préliminaire une déclaration faite par un suspect si cette déclaration a été obtenue en violation des [présentes**

règles], à moins qu'il ne soit prouvé que cette violation n'est que le résultat d'un vice de forme ou d'un vice de procédure sans conséquence.

14. La Commission recommande également la modification de l'article 70 du projet de loi S-33, de la façon suivante:

> **70.(1) Une déclaration est réputée avoir été faite à une personne autre qu'une personne en situation d'autorité si l'inculpé ignorait que la personne à qui il faisait cette déclaration était une personne en situation d'autorité.**
>
> **(2) Nonobstant le paragraphe (1), si la déclaration a été faite à un agent de police par une personne sous garde au sens de la [Recommandation 2(2)], cette déclaration doit être considérée comme une déclaration faite à un agent de police, que cette personne ait été au courant ou non qu'elle faisait sa déclaration à un agent de police.**

Chapitre V — Recommandation finale

15. La Commission recommande l'élaboration d'une formule sur laquelle seront consignées les réponses ou la déclaration écrite. [Voir l'annexe A.]

Renvois

N.B.: Ce document est à jour au 1er septembre 1983

1. Dans l'affaire *Rice* v. *Connolly* [1966] 2 Q.B. 414, 419 (C.A.), le juge en chef, lord Parker, a déclaré ce qui suit:

> [TRADUCTION]
> Il me paraît évident que bien que tout citoyen ait l'obligation morale ou, si l'on préfère, une obligation sociale de prêter main-forte à la police, il n'existe aucune obligation légale à cet effet. En fait, le principe fondamental du common law est le droit d'une personne de refuser de répondre aux questions qui lui sont posées par des personnes en situation d'autorité et de refuser de les suivre à un endroit précis lorsque, bien entendu, elle n'est pas en état d'arrestation.

Voir également *R.* v. *Bonnycastle* [1969] 4 C.C.C. 198, 200 et 201 (C.A. C.-B.); *R.* v. *Guthrie* [1982] 5 W.W.R. 385, 388 à 390 (C.A. de l'Alberta).

2. Voir *Walker* v. *The King* [1939] R.C.S. 214; *Marshall* v. *The Queen* [1961] R.C.S. 123. Pour une étude plus approfondie, voir Henderson, "Statements Compelled By Statute" (1982) 24 Crim. L.Q. 176, 180 à 184.

L'arrêt rendu par la majorité des juges de la Cour suprême dans l'affaire *Moore* c. *La Reine* [1979] 1 R.C.S. 195, semble mettre en doute la portée générale de cette affirmation. Il semble également aller à l'encontre de la jurisprudence établie. Dans ses motifs du jugement rendu au nom de la majorité, le juge Spence a adopté le point de vue suivant: à titre d'agent de la paix et en vertu des pouvoirs que lui confère le paragraphe 450(2) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34 (modifié), un constable qui assiste à la perpétration d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité peut arrêter l'auteur de cette infraction si c'est nécessaire pour établir son identité. Pour ce faire, le constable a également le pouvoir d'obliger une personne à donner son identité. Dans les circonstances, en refusant de donner son identité, l'auteur de l'infraction peut se voir accusé d'avoir entravé un policier dans

l'exécution de son devoir (voir l'article 118 du *Code criminel*). Contrairement à la jurisprudence antérieure, cette conclusion établit un pouvoir général d'interroger à des fins d'identification, sauf dans de rares circonstances, et, par voie de conséquence, la personne qui garde le silence engage sa responsabilité pénale. On ne peut qualifier ce pouvoir de pouvoir prévu par la loi, même s'il semble émaner de dispositions législatives. Par conséquent, la décision rendue par la majorité dans cette affaire a eu pour effet d'imposer une obligation en common law de donner son identité à la police dans des circonstances analogues aux faits relatés dans l'arrêt *Moore*. Paradoxalement, le juge Spence souligne (*supra*, 204) que la conclusion à laquelle en est arrivée la majorité des juges «ne contredit aucunement l'arrêt *Rice* v. *Connolly* [voir *supra*, note 1]». Le jugement ne fournit aucune autre explication. S'il est vrai que dans l'affaire *Rice* v. *Connolly*, lord Parker a établi l'existence en common law d'un droit général de garder le silence, il s'ensuit que l'arrêt *Moore* établit une exception au principe énoncé dans l'arrêt *Rice*, donc une exception à ce droit, sous la forme d'un pouvoir d'obliger une personne à donner son identité lorsqu'un constable en service trouve cette personne en train de perpétrer une infraction.

Reste à savoir si la décision rendue par la majorité dans l'affaire *Moore* sera longtemps un précédent. Sauf le respect que nous devons au juge Spence, nous pensons que les motifs de cette décision sont assez ambigus. En outre, le juge Spence a lui-même souligné que ses conclusions étaient limitées «à ces faits précis» (*supra*, 203).

Dans cette affaire, les juges dissidents ont souscrit au point de vue classique qui est énoncé dans le présent document de travail, à savoir que les policiers n'ont pas le droit d'exiger des réponses à leurs questions à moins d'y être autorisés par la loi.

Pour d'autres commentaires sur cet arrêt, voir Grant, "*Moore* v. *The Queen*: A Substantive, Procedural and Administrative Nightmare" (1979) 17 Osgoode Hall L.J. 459; Ewaschuk, "What's in a Name? The Right Against Self-Incrimination" (1979) 5 C.R. (3d) 307.

3. Voir l'affaire *R.* v. *Dedman* (1981) 59 C.C.C. (2d) 97, 108 et 109 (C.A. de l'Ont.) (cet arrêt a été porté en appel devant la Cour suprême du Canada). De même, les fonctionnaires judiciaires et quasi judiciaires n'ont pas le droit d'ordonner une arrestation dans le seul but d'interroger une personne: *Chartier* c. *Procureur général du Québec* [1979] 2 R.C.S. 474.

4. Voir l'opinion dissidente du juge Estey dans l'arrêt *Rothman* c. *La Reine* [1981] 1 R.C.S. 640, 653 à 656, et celle du juge Lamer (qui a souscrit à la décision majoritaire), 683.

5. Voir l'opinion dissidente du juge Dickson dans l'affaire *Moore* c. *La Reine*, *supra*, note 2, 205.

6. Bien que le droit du suspect de garder le silence comprend forcément son privilège de ne pas s'incriminer, le «privilège contre l'auto-incrimination» est une expression figurée qui désigne le droit d'un accusé de ne pas témoigner contre lui-même devant le tribunal. Par conséquent, le droit de garder le silence est un principe plus général qui englobe ce privilège et qui n'a pas la même portée. D'une façon générale, voir Ratushny, *Self-incrimination in the Canadian Criminal Process*, Toronto, Carswell, 1979.

7. Voir l'arrêt *Ibrahim* v. *The King* [1914] A.C. 599 (P.C.), 610 à 614.

8. Ce projet de loi fut présenté pour la première fois, le 18 novembre 1982, devant le Sénat: voir les *Débats du Sénat* (Hansard), 1re session, 32e Législature, volume 128, numéro 249, 5008. Nous nous reportons à la version du projet de loi qui fut déposée en première lecture.

   Le projet de loi fut vivement contesté par le comité. Après plusieurs mois d'audiences, le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles fit un rapport provisoire dans lequel il recommanda la révision du projet de loi et un plus grand nombre de consultations avant que le gouvernement n'en soumette une nouvelle version. Au moment de la rédaction du présent document de travail, le projet de loi en était au même point devant le Parlement. Le rapport provisoire du comité sénatorial, de même que le mémoire de l'Association du Barreau canadien, ont été publiés dans les *Délibérations du comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles* (Hansard), 1re Session, 32e Législature, volume 128 (fascicule 68), le 28 juin 1983.

9. *Rapport du groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve*. Ce rapport a été édité en 1983 par Les éditions Yvon Blais Inc. et nous nous reportons à cette édition.

10. Au Canada, les monographies qui sont habituellement consultées sur cette question sont Kaufman, *The Admissibility of Confessions*, 3e éd., Toronto, Carswell, 1979, Supplément (1983) et Ratushny, *supra*, note 6.

11. *Supra*, note 7.

12. *Ibid.*, 609.

13. (1922) 63 R.C.S. 226.

14. Voir, par exemple, *Sankey* v. *The King* [1927] R.C.S. 436; *Thiffault* v. *The King* [1933] R.C.S. 509; *Gach* v. *The King* [1943] R.C.S. 250; *Boudreau* v. *The King* [1949] R.C.S. 262; *R.* v. *Murakami* [1951] R.C.S. 801; *R.* v. *Fitton* [1956] R.C.S. 958; *Marshall* v. *The Queen*, *supra*, note 2; *DeClercq* v. *The Queen* [1968] R.C.S. 902; *Piché* c. *La Reine* [1971] R.C.S. 23; *R.* c. *Wray* [1971] R.C.S. 272; *John* c. *La Reine* [1971] R.C.S. 781; *Powell* c. *La Reine* [1977] 1 R.C.S. 362; *R.* c. *Gauthier* [1977] 1 R.C.S. 441; *Boulet* c. *La Reine* [1978] 1 R.C.S. 332; *Alward et Mooney* c. *La Reine* [1978] 1 R.C.S. 559; *Erven* c. *La Reine* [1979] 1 R.C.S. 926; *Horvath* c. *La Reine* [1979] 2 R.C.S. 376; *Ward* c. *La Reine* [1979] 2 R.C.S. 30; *Morris* c. *La Reine* [1979] 2 R.C.S. 1041; *Nagotcha* c. *La Reine* [1980] 1 R.C.S. 714; *Rothman* c. *La Reine*, *supra*, note 4; *Park* c. *La Reine* [1981] 2 R.C.S. 64; *Hobbins* c. *La Reine* [1982] 1 R.C.S. 553; *R.* c. *Turgeon* (1983) 33 C.R. (3d) 200 (C.S.).

15. Les règles générales d'admissibilité sont édictées à l'article 22 du projet de loi S-33, dont voici le texte:

> 22.(1) Tout élément de preuve pertinent est recevable, sauf mise à l'écart découlant de la *Charte canadienne des droits et libertés*, de la présente loi ou d'une autre loi ou règle de droit. Tout élément de preuve non pertinent est irrecevable.
>
> (2) Le tribunal peut écarter un élément de preuve dont la recevabilité tient à une subtilité, dont la force probante est négligeable par rapport au principal et dont l'admission porterait un préjudice grave à une partie.

Le paragraphe 22(2) reprend textuellement un passage des motifs de la décision rendue au nom de la majorité par le juge Martland dans l'affaire *R.* c. *Wray*, *supra*, note 14, 293. Voir le chapitre intitulé «Le fondement de la règle» dans le présent document de travail.

16. Pour un aperçu général de la procédure du voir-dire, voir l'opinion du juge Dickson dans l'arrêt *Erven* c. *La Reine*, *supra*, note 14.

17. Voir l'article 470 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34. Voir également *R.* v. *Pearson* (1957) 25 C.R. 342 (D.A. C.S. de l'Alberta); *R.* v. *Sweezey* (1974) 20 C.C.C. (2d) 400 (C.A. de l'Ont.); *R.* v. *Pickett* (1975) 28 C.C.C. (2d) 297 (C.A. de l'Ont.).

18. Voir *R.* c. *Gauthier*, *supra*, note 14. Voir également *R.* v. *Mulligan* (1955) 20 C.R. 269 (C.A. de l'Ont.).

19. Voir *Hébert* v. *The Queen* [1955] R.C.S. 120; *Monette* v. *The Queen* [1956] R.C.S. 400. L'inobservation de ce principe peut justifier la cessation du procès ou fournir des motifs d'appel: voir Kaufman, *supra*, note 10, 25 à 28, qui cite les affaires *R.* v. *Hamilton* (1978) 42 C.C.C. (2d) 110 (C.S. du Québec) et *R.* v. *Armstrong* [1970] 1 C.C.C. 136 (D.A.C.S. N.-É.). Voir également *R.* v. *Rehn* (1980) 53 C.C.C. (2d) 360 (C.A. de l'Alberta).

    La preuve du caractère volontaire d'une déclaration faite au cours d'un voir-dire peut en justifier l'admission, mais la Couronne doit produire la déclaration de nouveau à la reprise de l'instance principale (soit l'enquête préliminaire ou le procès) afin d'établir le caractère volontaire de cette déclaration devant le juge du fond: voir, par exemple, *Reid* v. *The Queen* (1974) 20 C.C.C. (2d) 257 (C.M.A.C.).

20. Voir *Piché* c. *La Reine*, *supra*, note 14. Voir également *Commissioners of Customs & Excise* v. *Harz & Power* [1967] 1 A.C. 760 (H.L.).

21. Les déclarations faites devant un organisme judiciaire ou quasi judiciaire dûment constitué agissant dans les limites de sa compétence, échappent également à la règle du caractère volontaire: *Boulet* c. *La Reine*, *supra*, note 14; *R.* v. *Mazerall* (1946) 86 C.C.C. 321 (C.A. de l'Ont.): cependant, voir *R.* v. *Magdish, Bennett & Sweet* (1978) 41 C.C.C. (2d) 449 (H.C. de l'Ont.). Au sujet de la compétence, voir *R.* v. *Clot (N° 2)* (1982) 69 C.C.C. (2d) 365 (C.S. du Québec); *R.* v. *Paonessa & Paquette* (1982) 66 C.C.C. (2d) 300 (C.A. de l'Ont.). Étant donné que le présent document de travail ne traite que des déclarations extrajudiciaires faites dans le cadre de l'interrogatoire des suspects, il n'y a pas lieu de discuter des aveux judiciaires. Pour une étude plus approfondie sur cette question, voir Kaufman, *supra*, note 10, chap. 15.

22. Voir *Powell* c. *La Reine*, *supra*, note 14; voir également l'opinion du juge Dickson dans l'affaire *Erven* c. *La Reine*, *supra*, note 14 et celle du juge Spence dans l'affaire *Morris* c. *La Reine*, *supra*, note 14.

23. *Supra*, note 14; dans cet arrêt, la Cour suprême a souscrit à l'opinion de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *R.* v. *Dietrich* (1970) 1 C.C.C. (2d) 49. Rendant le jugement de la Cour, le juge Dickson, à la page 75, s'est abstenu, contrairement à la Cour

d'appel de l'Alberta dans l'affaire *R.* v. *Dhaliwal* (1980) 53 C.C.C. (2d) 158, de décider que la renonciation par la défense à la tenue d'un voir-dire constitue une reconnaissance au sens de l'article 582 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34. Toutefois, le juge a déclaré, à la page 70, qu'il était porté à partager le point de vue du juge en chef Gale de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Dietrich* (*supra*, 58) que le droit de renoncer à la tenue d'un voir-dire existe indépendamment des dispositions du Code. Rendant le jugement de la Cour dans l'affaire *Korponey* c. *Le Procureur général du Canada* [1982] 1 R.C.S. 41, 48 à 50, le juge Lamer a extrapolé à partir du principe énoncé dans l'affaire *Park*, un principe général suivant lequel un accusé peut renoncer à toute règle de procédure adoptée à son profit.

24. *Ibid.*, 73.

25. *Stapleton* v. *The Queen* (1982) 26 C.R. (3d) 361 (C.A. de l'Ont.); *Friesen* v. *The Queen* [1982] 2 W.W.R. 514 (C.B.R. de la Sask.); *Zerebeski* v. *The Queen* (1982) 26 C.R. (3d) 365 (C.B.R. de la Sask.). Voir également Hill, "Admissibility of Statements without a *Voir Dire*" (1982) 26 C.R. (3d) 368. Les déclarations faites au moment de la perpétration de l'infraction ou peu de temps avant ou après peuvent également échapper à la règle du caractère volontaire en vertu de la doctrine des *res gestae* (voir *infra*), quoique de telles déclarations diffèrent, sur le plan qualitatif, des propos dont il est ici question, parce qu'elles ne constituent pas en soi une infraction.

26. Voir, par exemple, *R.* c. *Graham* [1974] R.C.S. 206; *R.* c. *Risby* [1978] 2 R.C.S. 139; *R.* v. *Spencer* (1973) 16 C.C.C. (2d) 29 (D.A.C.S. N.-É.); *R.* v. *Toulany* (1973) 16 C.C.C. (2d) 208 (D.A.C.S. N.-É.); voir également l'opinion du juge Dickson dans l'affaire *Erven* c. *La Reine*, *supra*, note 14. Le fondement juridique de l'admission d'une telle déclaration à des fins testimoniales ou à titre de preuve directe se trouve dans le jugement prononcé par le Comité judiciaire du Conseil privé dans l'affaire *Ratten* v. *The Queen* [1972] A.C. 378. Voir également *R.* v. *Mahoney* (1979) 50 C.C.C. (2d) 380, 392 (C.A. de l'Ont.), confirmé par [1982] 1 R.C.S. 834. Rendant le jugement du Comité judiciaire du Conseil privé dans l'affaire *Ratten*, lord Wilberforce a affirmé que les déclarations tombant sous le coup de la doctrine des *res gestae* devraient être jugées recevables à titre d'exception à la règle de l'interdiction du ouï-dire parce que les circonstances dans lesquelles elles ont été faites rendent impossible l'hypothèse qu'elles aient été inventées de toutes pièces par le déclarant. Selon lui, il s'agit du meilleur critère d'admissibilité des déclarations (*supra*, 389).

Le paragraphe 62(2) du projet de loi S-33 vise à empêcher l'accusé de produire, par le truchement du contre-interrogatoire, une déclaration faite à son avantage si cette déclaration est visée à l'alinéa 62(1)*i*). En d'autres mots, l'accusé doit témoigner lui-même. Voici comment le groupe de travail explique sa position relativement à cette disposition (*supra*, note 9, 231):

> Le groupe de travail recommande à l'unanimité d'adopter une disposition législative prévoyant une exception à la règle du ouï-dire dans le cas des déclarations concomitantes. Pour être qualifiée de concomitante, la déclaration doit décrire ou expliquer l'acte ou l'événement et en être concomitante. Mais le groupe de travail, à la majorité, estime que les arrêts *Graham* et *Risby* permettent à un criminel professionnel, dans une affaire de possession, d'inventer une explication de la possession illicite en prévision de son arrestation, de la donner à l'agent enquêteur au mòment de l'arrestation et, ultérieurement, d'introduire au procès l'explication par le contre-interrogatoire de l'agent. Par ce biais, l'accusé peut introduire son explication sans témoigner. Selon le groupe de travail, il est peu probable qu'une déclaration extrajudiciaire de l'accusé faite dans ces circonstances soit véridique, à moins que l'accusé témoigne sous serment et soit contre-interrogé pour l'appuyer.

La question qui se pose est la suivante: si une déclaration de *res gestae* est fiable parce qu'il est impossible qu'elle ait été fabriquée, en vertu de quel critère peut-on justifier la nullité prévue au paragraphe 62(2)? Cette disposition crée une présomption selon laquelle toutes ces déclarations sont fabriquées. De plus, il semble que l'expression «déclaration faite à son avantage» comprend toute déclaration faite à l'avantage de l'accusé. En outre, même si le rapport mentionne certaines circonstances qui viennent limiter le champ d'application du paragraphe 62(2) aux cas de possession, cette disposition n'est tout simplement pas limitée de cette façon. En effet, elle s'applique à toute déclaration qui tombe sous le coup de l'alinéa 62(1)*i*). Voir *R.* v. *Schwartz & Schwartz* (1978) 40 C.C.C. (2d) 161, 166 à 168 (D.A.C.S. N.-É.).

27. Le savant auteur de l'ouvrage intitulé *Wigmore on Evidence* (Chadbourn rev. 1976), Toronto, Little, Brown and Company, vol. VI, par. 1747, est d'avis que les déclarations spontanées constituent une exception distincte à la règle de l'interdiction du ouï-dire. Il fut un certain temps où cette opinion n'était pas partagée au Canada (voir, par exemple, *R.* v. *Leland* [1951] O.R. 12 (C.A.)). Toutefois, depuis l'arrêt *Ratten*, *supra*, note 26, ce principe est en vigueur au Canada. Cette question est étudiée dans le rapport du groupe de travail, *supra*, note 9, 230 à 232.

28. Voir *supra*, note 14, 938 et 939. Voir également *R.* v. *Klippenstein* (1981) 57 C.C.C. (2d) 393 (C.A. de l'Alberta).

29. La Cour suprême n'a jamais abordé cette question de façon aussi directe que le juge Dickson dans l'arrêt *Erven*. Toutefois, il ressort d'une analyse rigoureuse de cette cause que les *obiter dicta* du juge Dickson ne peuvent être concluants (pour l'opinion contraire, voir Schrager, "Recent Developments in the Law Relating to Confessions" (1981) 26 McGill L.J. 435, 469 et 470). Le juge Dickson a rendu la décision en son propre nom et au nom de trois autres juges. Les juges Pratte et Beetz ont souscrit à la conclusion formulée par le juge Dickson mais pour des «motifs plus étroits». Le juge Ritchie et deux autres juges étaient dissidents. Par conséquent, les arrêts *R.* v. *Risby*, *supra*, note 24 et *R.* v. *Graham*, *supra*, note 26, font encore autorité en common law. On pourrait néanmoins affirmer que ces arrêts devraient se limiter aux cas de possession de sorte que le point de vue exprimé par le juge Dickson dans l'affaire *Erven* serait d'application plus générale.

30. Il s'agit là de la pratique courante en common law: même s'il n'est pas nécessaire de prouver le caractère volontaire des déclarations faisant partie des *res gestae*, l'on procédera d'abord à la tenue d'un voir-dire afin de vérifier si la déclaration fait effectivement partie des *res gestae*: voir *Ratten* v. *The Queen*, *supra*, note 26; voir également l'opinion du juge Dickson dans l'affaire *Erven* c. *La Reine*, *supra*, note 14.

31. Il s'agit là d'une déclaration générale de principe qui correspond à l'*obiter dictum* de la Cour suprême dans l'affaire *Piché* c. *La Reine*, *supra*, note 14; *Powell* c. *La Reine*, *supra*, note 14; *Erven* c. *La Reine*, *supra*, note 14; *Morris* c. *La Reine*, *supra*, note 14; *Park* c. *La Reine*, *supra*, note 14. Il semble que ce soit également la bonne façon d'interpréter l'article 64 du projet de loi S-33 étant donné que rien dans ce projet de loi ne semble indiquer le contraire.

Il convient en outre de noter que l'exigence de la tenue d'un voir-dire ne veut pas nécessairement dire que l'absence d'un voir-dire entraînera automatiquement l'annulation d'une condamnation. En effet, une cour d'appel peut excuser ce vice de procédure en s'appuyant sur le sous-alinéa 613(1)*b*)(iii) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34: *Colpitts* v. *The Queen* [1965] R.C.S. 739. Pour une étude plus approfondie de cette question, voir, par exemple, les arrêts *Powell*, *supra*; *Erven*, *supra*; *Morris*, *supra*; *McFall* c. *La Reine* [1980] 1 R.C.S. 321. Voir également l'arrêt *Hébert* v. *The Queen*, *supra*, note 19. En fait, autant les cours d'appel peuvent être exigeantes à l'égard de la tenue obligatoire d'un voir-dire,

autant elles peuvent être portées à recourir de plus en plus à ce remède. Voir *R.* v. *Clarke* (1979) 48 C.C.C. (2d) 440, 449 (D.A.C.S. N.-É.); *R.* v. *Mota* (1979) 46 C.C.C. (2d) 373 (C.A. de l'Ont.); *R.* v. *Nye* (1978) 24 N.B.R. (2d) 362 (D.A.C.S. N.-B.); *R.* v. *Mayer* (1976) 16 N.S.R. (2d) 404, 427 (D.A.C.S. N.-É.).

32. Voir *R.* v. *St Lawrence* (1949) 93 C.C.C. 376 (H.C. de l'Ont.); *R.* c. *Wray*, *supra*, note 14; *R.* v. *Coons* (1980) 51 C.C.C. (2d) 388 (C.A. C.-B.).

33. Voir le Rapport du groupe de travail, *supra*, note 9, 185 et 186. Un des éléments du comportement traduisant une intention d'assertion serait donc la soi-disant règle de reconnaissance par l'accusé d'une déclaration faite par autrui, énoncée dans l'affaire *R.* v. *Christie* [1914] A.C. 545 (H.L.) lorsqu'il est prouvé que l'accusé a reconnu expressément la véracité d'une déclaration faite en sa présence par une personne en situation d'autorité: *Hubin* v. *The King* [1927] R.C.S. 442; *Stein* v. *The King* [1928] R.C.S. 553; voir *R.* v. *Turvey (No 2)* (1971) 15 C.R.N.S. 129 (D.A.C.S. N.-É.); *R.* v. *Baron & Wertman* (1976) 31 C.C.C. (2d) 525 (C.A. de l'Ont.); *R.* v. *Pleich* (1980) 16 C.R. (3d) 194 (C.A. de l'Ont.). Lorsque la déclaration qui est réputée avoir été reconnue n'a pas été faite par une personne en situation d'autorité ou par une autre personne réputée être une personne en situation d'autorité, la règle du caractère volontaire ne s'applique pas.

Le bien-fondé de l'admissibilité d'une déclaration reconnue expressément à titre de preuve testimoniale est indiscutable. Mais le problème est de faire la preuve du fait de cette reconnaissance. La reconnaissance d'une déclaration qui résulte du silence de l'accusé soulève cependant un plus grand nombre de difficultés. À proprement parler, le silence ne peut valoir reconnaissance expresse. L'admission en preuve, à des fins testimoniales, d'une déclaration faite par un tiers en présence de l'accusé qui se tait, n'est rien de plus qu'une présomption de reconnaissance. Par conséquent, il est difficile de faire la distinction entre cette présomption qui résulte du silence et l'utilisation du silence à titre de preuve directe de l'aveu de culpabilité. Toutefois, ce n'est que dans le premier cas que la reconnaissance de la déclaration tomberait sous le coup de la règle du caractère volontaire.

Que le silence soit produit comme preuve de la reconnaissance d'une déclaration ou à titre de preuve d'un comportement traduisant un aveu de culpabilité, il semble qu'il y ait contradiction entre le droit d'un accusé de garder le silence et le fait qu'on pourrait tirer de son silence une conclusion défavorable quant à sa culpabilité. Il

va sans dire que les tribunaux ont été saisis de cette question à plusieurs reprises: voir, par exemple, *R.* v. *Cripps* [1968] 3 C.C.C. 323 (C.A. C.-B.); *R.* v. *Eden* [1970] 3 C.C.C. 280 (C.A. de l'Ont.); *R.* v. *Govedarov, Dzambas, Popovic & Askov* (1974) 25 C.R.N.S. 1 (C.A. de l'Ont.); *R.* v. *Robertson* (1975) 21 C.C.C. (2d) 385 (C.A. de l'Ont.); *R.* v. *Hawke* (1975) 22 C.C.C. (2d) 19 (C.A. de l'Ont.); *Taggart & Taggart* v. *The Queen* (1980) 13 C.R. (3d) 179 (C.A. de l'Ont.); *R.* v. *Allen (No. 3)* (1979) 46 C.C.C. (2d) 553 (H.C. de l'Ont.); *R.* v. *O'Leary & O'Leary* (1982) 1 C.C.C. (3d) 182 (C.A. N.-B.). Ce sont tous des cas d'espèce où il s'agissait de décider si, vu les circonstances (voir *Christie*, *supra*), il eût été «raisonnable» pour l'accusé de répondre à la déclaration. On a donc parfois considéré l'arrestation ou la mise en garde comme un facteur important.

Pour une étude plus approfondie de cette question, voir Ratushny, *supra*, note 10, 121 à 141.

34. Voir l'opinion du juge Culliton, juge en chef de la Saskatchewan, dans l'affaire *R.* v. *Parnerkar (No. 2)* (1974) 17 C.C.C. (2d) 113, 126 (C.A. Sask.). Depuis l'adoption, dans l'affaire *Rothman* c. *La Reine*, *supra*, note 4, du critère subjectif, il ne fait plus de doute que l'expression «personne en situation d'autorité» n'est pas limitative et que son sens varie en fonction des circonstances de l'espèce. Voir également Cross, *Evidence*, 5e éd., Londres, Butterworths, 1979, 541.

35. *R.* v. *Pettipiece* (1972) 7 C.C.C. (2d) 133 (C.A. C.-B.). Dans l'affaire *Deokinanan* v. *The Queen* [1969] 1 A.C. 20 (P.C.) 33, le vicomte Dilhorne a souscrit à la définition suivante donnée par le juge Bain dans l'affaire *R.* v. *Todd* (1901) 4 C.C.C. 514, 526 (B.R. Man. *en séance plénière*):

> [TRADUCTION]
> D'une façon générale, «personne en situation d'autorité» s'entend de quiconque détient une autorité sur l'accusé ou est en mesure d'influencer les procédures ou la poursuite dirigées contre lui.

Bien que ce critère paraisse objectif, les tribunaux l'ont toujours assorti de la condition que l'accusé ait tout au moins été fondé à croire que son interlocuteur était une personne en situation d'autorité. Cette question a été traitée de façon très claire par le juge McIntyre (telle était alors sa qualité) dans l'affaire *R.* v. *Berger* (1975) 27 C.C.C. (2d) 357, 386 (C.A. C.-B.).

36. Voir, par exemple, *Phipson on Evidence*, 13e éd., Londres, Sweet and Maxwell, 1982, paragraphe 22-18, 427 et 428.

37. En effet, c'est ce que le Groupe de travail a décrit comme étant la «meilleure approche»: *supra*, note 9, 196. Bien que le Groupe de travail favorise l'interprétation plus restrictive de cette expression (*ibid.*), rien dans la définition donnée dans le projet de loi S-33 ne justifie une telle interprétation restrictive. Il convient toutefois de noter que, contrairement à la définition donnée dans l'arrêt *Todd* (voir note 35, *supra*) le libellé de l'article 63 implique que la personne en situation d'autorité détient une autorité à la fois sur l'accusé et à l'égard de la poursuite dont il fait l'objet. Nous pensons qu'il y a peu de différence entre cette synthèse et la définition proposée à la note 35, *supra*. Par conséquent, la définition donnée dans le projet de loi ne semble pas exclure, par exemple, les plaignants ou les dénonciateurs. Il convient également de noter qu'en vertu de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, S.C. 1980-81-82, chap. 110, les directeurs d'école et leurs homologues seront presque assurément considérés comme des personnes en situation d'autorité.

38. Voir, par exemple, *R.* v. *Thompson* [1893] 2 Q.B. 12 (C.C.R.); *Rimmer* v. *The Queen* (1969) 7 C.R.N.S. 361 (C.A. C.-B.).

39. Voir, par exemple, *R.* v. *Fowler* (1981) 27 C.R. (3d) 232 (C.A. T.-N.); *R.* v. *Postman* (1977) 3 Alta. L.R. (2d) 524 (D.A.C.S.); *R.* v. *Stewart* (1980) 54 C.C.C. (2d) 93 (C.A. de l'Alberta); *R.* v. *Conkie* (1978) 39 C.C.C. (2d) 408 (D.A.C.S. de l'Alberta). Il convient toutefois de noter qu'il est relativement rare que les membres du personnel médical soient considérés comme des personnes en situation d'autorité: *Perras* c. *La Reine* [1974] R.C.S. 659; *R.* v. *Warren* (1974) 24 C.R.N.S. 349 (D.A.C.S. N.-É.); *Vaillancourt* c. *La Reine* [1976] 1 R.C.S. 13, confirmant (1974) 16 C.C.C. (2d) 137 (C.A. de l'Ont.); *R.* v. *Kematch & Campeau* (1979) 9 C.R. (3d) 331 (C.A. de la Sask.). Voir Kaufman, *supra*, note 10, 94 à 102; Schiffer, *Mental Disorder and the Criminal Trial Process* (1978), 36 à 40.

40. Voir, par exemple, *R.* v. *Albrecht* [1966] 1 C.C.C. 281 (D.A.C.S. N.-B.); *R.* v. *Botfield* (1976) 32 C.R.N.S. 1 (C.A. C.-B.); voir également *Loiselle* c. *La Reine* (1955) 21 C.R. 210 (B.R. Qué. Div. d'app.); *R.* v. *Wendland* (1970) 1 C.C.C. (2d) 382 (C.A. de la Sask.).

41. Voir, par exemple, *Rimmer* v. *The Queen*, *supra*, note 38; *Downey* v. *The Queen* (1976) 32 C.C.C. (2d) 511 (D.A.C.S. N.-É.).

42. D'autres auteurs ont affirmé le contraire: Kaufman, *supra*, note 10, 81; Freedman, "Admissions and Confessions" dans Salhany et Carter, *Studies in Canadian Criminal Evidence*, Toronto, Butterworths, 1972, 118. Selon ce point de vue, il ne peut y avoir de personne en situation d'autorité sans incitation; et ce serait sûrement commettre une erreur que d'interpréter les affirmations des auteurs Kaufman et Freedman de cette façon.

43. Il faut souligner que la tenue d'un voir-dire dans le but de déterminer le caractère volontaire d'une déclaration est obligatoire lorsque la déclaration a été faite à un tiers en présence d'une personne en situation d'autorité. Dans de telles circonstances, la personne à qui la déclaration a été faite est réputée être une personne en situation d'autorité et toute incitation dont elle a été l'objet peut vicier l'admissibilité de cette déclaration, soit parce qu'elle est réputée être une personne en situation d'autorité, soit parce que l'incitation est attribuable à la personne en situation d'autorité qui était présente: voir *R.* v. *Demenoff* [1964] 1 C.C.C. 118 (C.A. C.-B.); *R.* v. *Letendre* (1976) 25 C.C.C. (2d) 180 (C.A. du Man.).

44. *Supra*, note 4, 664; voir Kaufman, *supra*, note 10, 81 et 82.

45. Voir *Rothman* c. *La Reine*, *supra*, note 4; *R.* v. *Towler* [1969] 2 C.C.C. 335 (C.A. C.-B.). Voir également *R.* v. *Pettipiece*, *supra*, note 35; *R.* v. *Clot (No. 1)* (1982) 69 C.C.C. (2d) 349 (C.S. du Qué.); *R.* v. *Clot (No. 3)* (1982) 69 C.C.C. (2d) 367 (C.S. du Qué.).

46. *R.* v. *McAloon* (1959) 124 C.C.C. 182 (C.A. de l'Ont.), cité dans *Chan Wei Keung* v. *The Queen* [1967] 2 A.C. 160 (P.C.).

47. Cette définition de la règle du caractère volontaire est conforme à ce qu'il est convenu d'appeler la jurisprudence classique de la Cour suprême: voir par exemple *Boudreau* v. *The King*, *supra*, note 14; *R.* v. *Fitton*, *supra*, note 14; *DeClercq* v. *The Queen*, *supra*, note 14; *R.* c. *Wray*, *supra*, note 14; *Rothman* c. *La Reine*, *supra*, note 4. Toutefois, un nombre important d'arrêts s'opposent à la conception classique en ce sens qu'ils ne considèrent pas que les promesses ou les menaces, critères établis par lord Sumner, sont des critères exhaustifs. Cette interprétation large, qui nécessite l'application d'un critère général comme, par exemple, l'oppression, semble avoir été adoptée par certains membres de la Cour suprême dans les affaires *Horvath* c. *La Reine*, *supra*, note 14 et *Ward* c. *La Reine*, *supra*, note 14. Toutefois, depuis la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Rothman*, *supra*, note 4, il est évident que le critère classique est le droit actuel; par conséquent,

la Commission souscrit à ce point de vue dans le présent résumé du droit actuel. Les divergences d'opinions en ce qui a trait à la règle du caractère volontaire reflètent les divers points de vue philosophiques qui s'opposent au sujet du rôle de la règle des confessions. Pour une étude plus approfondie de cette question, voir *infra* à la deuxième section de cette partie.

Pour une excellente analyse des deux approches par rapport à la règle du caractère volontaire, voir Del Buono, "Voluntariness and Confessions: A Question of Fact or Question of Law?" (1976) 19 Crim. L.Q. 100. Voir également Kaufman, *supra*, note 10, 106 à 112; Hutchinson & Withington, "*Horvath* v. *The Queen*: Reflections on the Doctrine of Confessions" (1980) 18 Osgoode Hall L.J. 146.

48. Comparer le principe du caractère volontaire des déclarations énoncé dans les règles relatives aux aveux avec le principe du caractère volontaire tel que défini dans la Partie IV.1 du *Code criminel*, S.C. 1973-74, chap. 50 (modifié): *Goldman* c. *La Reine* (1979) 51 C.C.C. (2d) 1, opinion du juge McIntyre aux p. 23 et 24, opinion du juge en chef Laskin (dissident) à la p. 4; *Rosen* c. *La Reine* (1979) 51 C.C.C. 65, opinion du juge McIntyre à la p. 75, opinion du juge en chef Laskin (dissident) aux p. 69 et 70.

49. Il reste, bien entendu, que la question de l'admissibilité constitue en soi une question de droit ou, tout au plus, une question mixte de fait et de droit: *R.* v. *Murakami*, *supra*, note 14; voir également *Hobbins* c. *La Reine*, *supra*, note 14 et *Hobbins* v. *The Queen* (1980) 54 C.C.C. (2d) 353 (C.A. de l'Ont.); *R.* c. *Turgeon*, *supra*, note 14. Voir également Del Buono, *supra*, note 47.

50. *Supra*, note 14, 962.

51. Voir *R.* v. *Albrecht*, *supra*, note 40, 288; *R.* v. *Letendre* (1979) 7 C.R. (3d) 320 (C.A. C.-B.).

52. Voir *Commissioners of Customs & Excise* v. *Harz & Power*, *supra*, note 20; *Deokinanan* v. *The Queen*, *supra*, note 35; *R.* v. *Towler*, *supra*, note 45; *R.* v. *Kalashnikoff* (1981) 21 C.R. (3d) 296 (C.A. C.-B.).

53. Voir *D.P.P.* v. *Ping Lin* [1976] A.C. 574 (H.L.).

54. La Cour suprême a traité cette question dans les arrêts *Horvath* c. *La Reine*, *supra*, note 14 et *Hobbins* c. *La Reine*, *supra*, note 14: voir également *R.* v. *Miller & Cockriell* (1975) 24 C.C.C. (2d) 401

(C.A. C.-B.), confirmé par [1977] 2 R.C.S. 680; *R.* v. *Conkie* (1978) 3 C.R. (3d) 7 (D.A.C.S. de l'Alberta); *R.* v. *Kalashnikoff*, *supra*, note 52.

55. Voir *Hobbins* c. *La Reine*, *supra*, note 14. Voir également *R.* v. *Draskovic* (1971) 5 C.C.C. (2d) 186 (C.A. de l'Ont.); *R.* v. *Berger*, *supra*, note 35; *R.* v. *Griffin* (1981) 59 C.C.C. (2d) 503 (H.C. de l'Ont.); *Sawchyn* v. *The Queen* [1981] 5 W.W.R. 207 (C.A. de l'Alberta).

56. Voir, par exemple, *R.* v. *Robertson*, *supra*, note 33; *R.* v. *Materi & Cherrille* [1977] 2 W.W.R. 728 (C.A. C.-B.); *R.* v. *Puffer, McFall & Kizyma* (1976) 31 C.C.C. (2d) 81 (C.A. du Man.).

57. *R.* c. *Wray*, *supra*, note 14; voir *Hogan* c. *La Reine* [1975] 2 R.C.S. 574. Voir également *R.* c. *Demers* (1970) 13 C.R.N.S. 338 (B.R. Qué.); *R.* v. *Letendre*, *supra*, note 43; *R.* v. *Settee* (1975) 29 C.R.N.S. 104 (C.A. de la Sask.); *R.* v. *Louison* (1975) 26 C.C.C. (2d) 266 (C.A. de la Sask.); *R.* c. *Turcotte* (1979) 9 C.R. (3d) 354 (C.S. Qué.); *R.* c. *Guérin & Pimparé* (1979) 14 C.R. (3d) 1 (C.S. Qué.); *Cayer* c. *La Reine*; *Sullivan* c. *La Reine* (1980) 16 C.R. (3d) 387 (C.A. du Qué.); *R.* v. *Morin* (1980) 64 C.C.C. (2d) 90 (C.A. de l'Alberta); *R.* v. *Stefiuk* (1981) 23 C.R. (3d) 389 (Cour de comté du Man.); *R.* v. *Dinardo* (1981) 61 C.C.C. (2d) 52 (Cour de comté de l'Ont.); *R.* v. *Spearman* (1982) 70 C.C.C. (2d) 371 (C.A. C.-B.); *R.* v. *Owen* (1983) 4 C.C.C. (3d) 538 (D.A.C.S. N.-É.).

L'affirmation contenue dans le texte est faite sous réserve des dispositions de l'article 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I, Appendice B, *Loi constitutionnelle de 1982*, 1982, chap. 11 (R.-U.) (ci-après appelée la *Charte canadienne des droits et libertés*).

Il convient de commenter très brièvement le lien qui existe entre la règle relative aux aveux et la règle d'exclusion prévue dans le paragraphe 24(2) de la Charte. Ces deux règles d'exclusion sont tout à fait différentes. L'absence de caractère volontaire n'est pas nécessairement la conséquence d'une violation de la loi constitutionnelle. De même, la preuve de l'absence de caractère volontaire ne veut pas nécessairement dire qu'il y a eu violation de la loi constitutionnelle. Les circonstances de l'espèce peuvent, de façon tout à fait fortuite, justifier l'exclusion en vertu de l'une ou l'autre de ces règles, tout comme le fondement d'une telle sanction peut, dans une certaine mesure, ressortir autant à la règle relative aux aveux qu'au paragraphe 24(2) de la Charte. Toutefois, ces règles de droit sont parfaitement distinctes.

58. *Boudreau* v. *The King*, *supra*, note 14 où une distinction a été établie par rapport à l'arrêt *Gach* v. *The King*, *supra*, note 14.

59. Voir, par exemple, *R.* v. *Robertson*, *supra*, note 31; *R.* v. *McLeod* (1968) 5 C.R.N.S. 101 (C.A. de l'Ont.); *R.* v. *Frank* (1969) 8 C.R.N.S. 108 (C.A. C.-B.); *R.* v. *King, Gallipeau & Jariett* (1974) 27 C.R.N.S. 303 (C.A. de l'Ont.); *R.* v. *Allen (No. 3)* (1979) 46 C.C.C. (2d) 553 (H.C. de l'Ont.); *Alward et Mooney* c. *La Reine*, *supra*, note 14.

60. Voir, par exemple, *R.* v. *Yensen* (1961) 36 C.R. 339 (H.C. de l'Ont.); *R.* v. *Wilson* (1970) 11 C.R.N.S. 11 (C.A. C.-B.); *R.* v. *R. (No. 1)* (1972) 9 C.C.C. (2d) 274 (Cour prov. de l'Ont.); *R.* v. *M.* (1975) 22 C.C.C. (2d) 344 (H.C. de l'Ont.). Pour une étude plus approfondie, voir Kaufman, *supra*, note 10, chap. 11. Soulignons que dans l'avenir, l'interrogatoire des personnes mineures sera régi, dans une large mesure, par la *Loi sur les jeunes contrevenants*, S.C. 1980-81-82, chap. 110.

61. *Helpard* v. *The Queen* (1979) 10 C.R. (3d) 76 (D.A.C.S. N.-É.): *R.* c. *Turcotte*, *supra*, note 57.

62. Voir, par exemple, *R.* v. *Koszulap* (1974) 20 C.C.C. (2d) 193 (C.A. de l'Ont.); *R.* v. *Precourt* (1977) 36 C.R.N.S. 150 (C.A. de l'Ont.).

63. Voir *R.* v. *Demenoff*, *supra*, note 43; *R.* v. *Letendre*, *supra*, note 43.

64. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a souligné l'importance d'établir un lien de causalité entre l'incitation et la déclaration. En effet, dans l'affaire *R.* v. *Jackson* (1977) 34 C.C.C. (2d) 35, l'incitation faite par la police était une promesse de ne pas inculper une personne susceptible d'être un coaccusé. Dans cette affaire, le principe énoncé était clair mais la Cour n'a découvert aucune violation à la règle du caractère volontaire, de sorte qu'il est devenu évident que les circonstances propres à chaque cas ont une importance particulière.

65. Pour une analyse générale, voir Kaufman, *supra*, note 10, chap. 8.

66. *Walker* v. *The King*, *supra*, note 2; *Marshall* v. *The Queen*, *supra*, note 2.

67. Voir, par exemple, *R.* v. *Fex* (1973) 14 C.C.C. (2d) 188 (C.A. de l'Ont.); *R.* v. *Slopek* (1974) 21 C.C.C. (2d) 362 (C.A. de l'Ont.); pour une opinion contraire, voir *R.* v. *Smith* (1973) 15 C.C.C. (2d)

113 (D.A.C.S. de l'Alberta). Voir également Henderson, *supra*, note 2. Toutefois, cela n'a rien à voir avec la contrainte judiciaire: voir note 2, *supra*.

68. Voir le Rapport du Groupe de travail, *supra*, note 9, 200.

69. Voir *Ward* c. *La Reine*, *supra*, note 14, 40. Voir également l'interprétation de l'arrêt *Ward* par le juge en chef Laskin dans *Nagotcha* c. *La Reine*, *supra*, note 14.

70. *R.* v. *Santinon* (1973) 11 C.C.C. (2d) 121 (C.A. C.-B.), approuvé dans *Nagotcha* c. *La Reine*, *supra*, note 14; *R.* v. *Richard* (1980) 56 C.C.C. (2d) 129 (C.A. C.-B.). Pour une étude plus approfondie de cette question, voir Henderson, "Mental Incapacity and the Admissibility of Statements" (1980) 23 Crim. L.Q. 62.

71. La Cour semble avoir adopté ce point de vue dans les arrêts *Ward* c. *La Reine*, *supra*, note 14; *Nagotcha* c. *La Reine*, *supra*, note 14; *Rothman* c. *La Reine*, *supra*, note 14, 674 et 675. Voir également, par exemple, *R.* v. *Herodoutou & Boulangouris* (1978) 40 C.C.C. (2d) 470 (Cour de comté de l'Ont.).

72. Voir *R.* v. *Santinon*, *supra*, note 70; *R.* v. *Schwartz* (1973) 13 C.C.C. (2d) 41 (C.A. de l'Ont.); *R.* v. *Muise* (1974) 22 C.C.C. (2d) 487 (D.A.C.S. N.-É.).

73. Voir *McKenna* v. *The Queen* [1961] R.C.S. 660. L'analogie avec la dénégation de signature a été faite devant la Cour supérieure du Québec. Dans les circonstances, l'accusé était incapable de comprendre la langue dans laquelle se déroulait l'interrogatoire: voir *R.* v. *Hatzopoulos* (1980) 27 C.R. (3d) 56; *R.* v. *Torres* (1980) 27 C.R. (3d) 60.

74. Voir *supra*, note 71. Voir également, par exemple, *R.* v. *Deslauriers* (1979) 50 C.C.C. (2d) 572 (C.S. C.-B.).

75. Dans ce cas, il incombe à la Couronne de prouver le caractère volontaire et, par voie de conséquence, l'admissibilité, de la déclaration.

Voici le texte du paragraphe 69(2):

> (2) Le pousuivant n'est pas tenu d'établir que la déclaration visée au paragraphe (1) est imputable à l'inculpé à moins que celui-ci ne se soit déchargé de la charge de la preuve morale concernant son état physique ou mental au moment où il l'a faite.

76. Il semble que depuis l'arrêt *Horvath* c. *La Reine*, *supra*, note 14, la Cour considère que l'oppression constitue un élément distinct de la règle du caractère volontaire; toutefois, d'après certains arrêts rendus ultérieurement, en particulier l'arrêt *Rothman*, il semble que la Cour n'ait jamais favorisé une telle extension. Depuis l'arrêt *Hobbins* c. *La Reine*, *supra*, note 14, rendu après l'arrêt *Rothman*, cependant, cette question semble être toujours litigieuse.

    Bien entendu, l'attitude oppressive est reconnue expressément comme un motif d'exclusion en Angleterre: Judges's Rules (Home Office Circular No. 89/1978), règle 1(*e*)). Voir *R.* v. *Fennell* (1881) 7 Q.B.D. 147; *Callis* v. *Gunn* [1964] 1 Q.B. 495; *R.* v. *Priestley* (1966) 50 Cr. App. R. 183 (C.C.A.); *R.* v. *Prager* [1972] 1 All E.R. 1114 (C.A.).

77. Voir, par exemple, *R.* c. *Demers*, *supra* note 57; *R.* v. *Eaton* (1978) 39 C.C.C. (2d) 455 (C.A. du Man.).

78. Voir, par exemple, *R.* v. *Koszulap*, *supra*, note 62.

79. Voir le Rapport du Groupe de travail, *supra*, note 9, 200 à 203.

80. Voir *R.* v. *Thompson*, *supra*, note 38; *Monnette* v. *The Queen*, *supra*, note 19.

81. *Thiffault* v. *The King* [1933] R.C.S. 509. L'application de la règle ne se limite pas aux personnes en situation d'autorité: *R.* v. *Wert* (1980) 12 C.R. (3d) 254 (C.A. C.-B.). Voir également *R.* v. *Bloomfield, Cormier & Ettinger* (1973) 10 C.C.C. (2d) 398 (D.A.C.S. N.-B.); *R.* v. *Kacherowski* (1977) 37 C.C.C. (2d) 257 (D.A.C.S. de l'Alberta); *R.* v. *Precourt*, *supra*, note 62; *R.* v. *Conkie*, *supra*, note 39.

82. Voir *R.* v. *Chow, Tai & Limerick* (1979) 43 C.C.C. (2d) 215, 224 (C.A. C.-B.); *R.* v. *Garfield* (1974) 21 C.C.C. (2d) 449 (C.M.A.C.). Voir également *R.* v. *Kacherowski*, *supra*, note 81.

83. Voir *R.* v. *Botfield*, *supra*, note 40; *R.* v. *Woodward* (1975) 23 C.C.C. (2d) 509 (C.A. de l'Ont.).

84. Voir *R.* v. *Settee*, *supra*, note 57.

85. Voir Kaufman, *supra*, note 10, 38 à 41.

86. Voir, par exemple, *Mentenko* v. *The King* (1951) 12 C.R. 228 (D.A.B.R. du Qué.); *R.* v. *Albrecht*, *supra*, note 38; *R.* v. *Pickett*,

supra, note 16; *R.* v. *Precourt*, *supra*, note 62; *Ward* c. *La Reine*, *supra*, note 14; *Erven* c. *La Reine*, *supra*, note 14; *R.* v. *Hape* (1980) 61 C.C.C. (2d) 182 (C.A. de l'Ont.); *R.* v. *Clow* (1982) 65 C.C.C. (2d) 407 (D.A.C.S. de l'Î.-P.-É.).

87. C'est ce critère qui a été formulé dans l'arrêt *R.* v. *Thompson*, *supra*, note 80 et confirmé dans l'arrêt *Ibrahim* v. *The King*, *supra*, note 7. Il ressort toutefois de ces arrêts qu'il est peu probable que les savants juges ayant entendu ces appels aient pu considérer qu'une preuve positive ou à la satisfaction du tribunal n'était rien de plus qu'une preuve selon la prépondérance des probabilités. Même s'ils avaient été de cet avis, l'application d'un tel critère n'aurait été possible que si celui-ci avait été assorti d'un pouvoir discrétionnaire d'exclusion presque illimité.

88. Compte tenu de la doctrine classique suivant laquelle un aveu non corroboré peut être suffisant pour justifier une condamnation, cette distinction revêt une importance primordiale. En effet, il serait théoriquement possible, en l'absence d'un degré de preuve plus strict, de faire condamner une personne en établissant la prépondérance des probabilités. Toutefois, une telle conséquence irait à l'encontre de l'une des règles fondamentales de la jurisprudence anglo-canadienne en matière pénale. On peut bien sûr affirmer qu'en raison du degré de preuve moins strict, un juge pourrait appliquer un critère plus sévère lorsque la déclaration constitue toute la preuve ou la plus grande partie de celle-ci. Il ne fait pas de doute que cela serait tout à fait contraire à la nécessité de répondre, dans ce domaine particulier du droit, aux exigences de certitude et de précision. De plus, cela ne fait que confirmer que le critère moins strict conférerait à toutes fins utiles un pouvoir discrétionnaire d'inclusion qui serait exercé par chacun des juges suivant sa conception personnelle des principes en cause.

89. *Supra*, note 14.

90. *Supra*, note 4.

91. (1783) 1 Leach 263, 168 E.R. 234.

92. *Ibid.*

93. *Ibid.*, 263 et 264 (Leach), 234 et 235 (E.R.).

94. *Ibid.*, 264 (Leach), 235 (E.R.).

95. *Supra*, note 14.

96. *Supra*, note 32.

97. *Supra*, note 14, 287, citant l'arrêt [1955] A.C. 197 (P.C.), 203.

98. *Noor Mohamed* v. *The King* [1949] A.C. 182 (P.C.).

99. *Supra*, note 14, 295.

100. *Ibid.*, 288.

101. *Supra*, note 32, 391.

102. *Supra*, note 14.

103. *Supra*, note 14, 279.

104. *Ibid.*, 280, citant l'arrêt *R.* v. *Mazerall*, *supra*, note 21.

105. *Supra*, note 4, 660 et 661, présenté devant la Cour d'appel de l'Ontario et reproduit dans l'opinion du juge Martland.

106. *Ibid.*, 661.

107. (1978) 42 C.C.C. (2d) 377, 386.

108. *Ibid.*, 385.

109. *Supra*, note 7, 614.

110. *Ibid.*, 610.

111. *Supra*, note 107, 384.

112. *Ibid.*, 385.

113. *Ibid.*, 389 et 390.

114. *Ibid.*, 386, citant Freedman, *supra*, note 42.

115. *Supra*, note 4, 666.

116. *Ibid.*

117. *Ibid.*

118. *Supra*, note 14.

119. *Ibid.*, 400.

120. *Ibid.*, 408.

121. *Supra*, note 14.

122. *Ibid.*, *40*.

123. *Ibid.*

124. *Supra*, note 4, 671 et 672.

125. La Cour semble avoir adopté ce deuxième point de vue dans l'arrêt *Nagotcha* c. *La Reine*, *supra*, note 14.

126. *Supra*, note 14.

127. (1976) 32 C.C.C. (2d) 416, 432 (D.A.C.S. N.-B.), cité par le juge Spence de la Cour suprême du Canada, *supra*, note 14, 562.

128. *Supra*, note 14.

129. *Supra*, note 14.

130. *Supra*, note 4, 651.

131. *Supra*, note 14, 963.

132. *Ward*, *supra*, note 14, 40.

133. *Supra*, note 4, 646 et 647.

134. *Ibid.*, 649.

135. *Ibid.*, 650 et 651.

136. *Ibid.*, 652.

137. *Ibid.*, 653.

138. *Ibid.*, 654.

139. *Ibid.*, 696.

140. Commission de réforme du droit du Canada, *La preuve*, Ottawa, Information Canada, 1975. Le juge Lamer était vice-président de la Commission au moment de la publication de son rapport sur la preuve.

141. *Marcoux et Solomon* c. *La Reine* [1976] 1 R.C.S. 763.

142. *Supra*, note 4, 684.

143. S.R.C. 1970, chap. C-34, paragraphe 178.16(3) (modifié).

144. S.C. 1980-81-82, chap. 110, paragraphe 56(2).

145. *Supra*, note 7.

146. Les organismes de réforme du droit en Australie, en Angleterre et aux États-Unis ont souscrit à ce point de vue.

Australie: Law Reform Commission (Commonwealth), *Criminal Investigation* (1975). Le *Criminal Investigation Bill, 1977*, qui a été déposé devant le Parlement mais qui, plus tard, a expiré au Feuilleton, s'inspire largement des recommandations de cette Commission. Un second projet de loi, intitulé *Criminal Investigation Bill, 1981*, a été déposé devant le Parlement mais a également expiré au Feuilleton lorsque le Parlement a été dissous pour la tenue d'élections générales.

Angleterre: Royal Commission on Criminal Procedure, *Report*, Cmnd 8092 (1981). À la suite de la publication de ce rapport, le Home Office a publié des *Draft codes of practice for the treatment, questioning and identification of persons suspected of crime* (en novembre 1982). Ces codes seraient promulgués par le ministre de l'Intérieur en vertu de la loi et, par conséquent, ne seraient pas des textes de loi ordinaires. Quoi qu'il en soit, un projet de loi complet couvrant de nombreux aspects des pouvoirs et des pratiques de la police intitulé *Police and Criminal Evidence Bill*, fut déposé devant le Parlement le 17 novembre 1982. Au moment de la rédaction du présent document de travail, ce projet de loi n'avait pas encore été adopté.

États-Unis: American Law Institute, *Model Code of Pre-arraignment Procedure*, Washington 1975. Ce code n'est en vigueur dans aucun État.

147. Voir l'article 448 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34 (modifié).

148. Voir l'opinion du juge Estey dans *Rothman* c. *La Reine*, *supra*, note 4, 654. Voir également Ratushny, *supra*, note 10, 97.

149. S.R.C. 1970, chap. C-34.

> 469.(1) Quand les dépositions des témoins appelés de la part de la poursuite ont été consignées et, lorsque la présente Partie l'exige, ont été lues, le juge de paix adresse au prévenu les paroles suivantes ou d'autres de même teneur:
>
> Après avoir entendu les témoignages, désirez-vous dire quelque chose en réponse à l'inculpation? Vous n'êtes pas obligé de dire quoi que ce soit, mais tout ce que vous direz sera pris par écrit et peut servir de preuve contre vous lors de votre procès. Vous devez comprendre clairement que vous n'avez rien à espérer d'une promesse de faveur qui a pu vous être faite, non plus que rien à craindre d'une menace qui a pu vous être adressée, pour vous induire à faire un aveu ou vous reconnaître coupable, mais tout ce que vous direz maintenant pourra servir de preuve contre vous lors de votre procès, nonobstant la promesse ou menace.

Il convient toutefois de noter que le gouvernement propose, à l'article 200 du projet de loi S-33, l'abrogation de l'article 469 du *Code criminel*.

150. Voir Ratushny, *supra*, note 10, 191 à 254.

151. *Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle*, Ottawa, Information Canada, 1969.

152. *Royal Commission into Metropolitan Toronto Police Practices*, Toronto, 1976.

153. *Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie Royale du Canada*, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services, 1981.

154. *Supra*, note 146.

155. *Supra*, note 14.

156. *Supra*, note 32.

157. *Supra*, note 9, 175.

158. S.R.C. 1970, chap. C-34 (modifié).

159. *Supra*, note 9, 514 (Annexe 1).

160. [1970] R.C.S. 46.

161. [1980] 1 R.C.S. 471.

162. Voir l'opinion du juge de Grandpré, qui s'est rallié à l'opinion de la majorité, dans l'affaire *R.* c. *Biron* [1976] 2 R.C.S. 56, 77.

163. Dans l'affaire *R.* v. *Dedman*, *supra*, note 3, la Cour d'appel de l'Ontario a jugé que le fait d'obtempérer aux directives d'un agent de la paix est une fin de non-recevoir à l'encontre de toute allégation de contrainte et que, dans un tel cas, la question de la détention ne se pose même pas. Ce jugement a été porté en appel devant la Cour suprême du Canada.

164. Cette analyse, qui a été faite dans des versions antérieures du présent document de travail, a été reprise par le juge Tallis, qui a rendu jugement au nom de la majorité de la Cour d'appel de la Saskatchewan dans l'affaire *R.* v. *Therens* (1983) 33 C.R. (3d) 204, 222 (cette cause a été portée en appel devant la Cour suprême du Canada).

165. S.C. 1980-81-82, chap. 110.

166. Voir *infra*.

167. Voir la note 25 ainsi que les arrêts qui y sont cités.

168. 384 U.S. 436 (1966).

169. 446 U.S. 291, 300 et 301 (1980) (les renvois ont été exclus).

170. *Supra*, note 14.

171. *Supra*, note 14.

172. *Supra*, note 14.

173. Pour une étude plus approfondie, voir Williams, "The Authentication of Statements to the Police" [1979] Crim. L.R. 6; Royal Commission on Criminal Procedure, *Police Interrogation: Tape Recording*, Research Study No. 8, Londres, H.M.S.O., 1980.

174. Voir *supra*, note 9, 89 à 191; voir également les paragraphes (x) et (y), 513.

175. *Ibid.*, 190 et 191.

176. *Ibid.*

177. *Supra*, note 7, 610 et 611. Voir également le paragraphe 178.16(2) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34 (modifié).

178. *Supra*, note 4, 643 à 659, en particulier 658 et 659.

179. *Supra*, note 9, 231.

180. *Supra*, note 146, paragraphe 4.130, 115. Dans ce passage, la Commission fait un résumé des arguments avancés par A. J. Ashworth dans "Excluding Evidence as Protecting Rights" [1977] Crim. L.R. 723.

181. *Supra*, note 4.

182. Voir *ibid.*, 657, l'opinion du juge Estey dissident (à laquelle souscrit le juge en chef Laskin).

Annexe A

[Voir la Recommandation 15]

PROCÈS-VERBAL DE DÉCLARATION

Nom .....

Adresse .....

1.a) La personne nommée ci-dessus était-elle sous garde, au moment où elle a fait cette déclaration? ..... (Oui/Non)

b) Dans l'affirmative, préciser la raison .....
.....

2.a) La personne nommée ci-dessus était-elle inculpée d'une infraction criminelle, au moment où elle a fait cette déclaration? ..... (Oui/Non)

b) Dans l'affirmative, préciser l'infraction, la date et l'heure de l'inculpation .....
.....
.....

3. Si la personne nommée ci-dessus n'était pas inculpée d'une infraction criminelle et n'était pas sous garde, préciser la raison pour laquelle cette personne a été interrogée .....
.....

4.a) La personne nommée ci-dessus a-t-elle demandé de consulter un avocat? ..... (Oui/Non)

b) Un avocat était-il présent au moment de l'interrogatoire?
..... (Oui/Non)

Déclaration de .....

Date .....

Déclaration de .....

Date .....

Attestation d'un agent de la paix

Lieu(x) de l'interrogatoire .....
Heure du début de l'interrogatoire .....
Heure de la fin de l'interrogatoire .....
Interruptions durant l'interrogatoire .....
Agent(s) présent(s) .....
.....
.....
Avocat présent .....
Autres personnes présentes .....
Date .....

Signature(s) .....
.....
.....

Annexe B

Les articles du projet de loi S-33 qui suivent, se rapportent au sujet traité dans le présent document de travail. Tous ces articles sont tirés de la Partie III du projet de loi, intitulée «Recevabilité».

I. Règle générale

22.(1) Tout élément de preuve pertinent est recevable, sauf mise à l'écart découlant de la *Charte canadienne des droits et libertés*, de la présente loi ou d'une autre loi ou règle de droit. Tout élément de preuve non pertinent est irrecevable.

(2) Le tribunal peut écarter un élément de preuve dont la recevabilité tient à une subtilité, dont la force probante est négligeable par rapport au principal et dont l'admission porterait un préjudice grave à une partie.

II. Ouï-dire

A. *Non-pertinence de la disponibilité de l'auteur de la déclaration*

62.(1) Sont recevables comme preuve de leur véracité:

[par. *a*) - *e*) exclus]

f) la déclaration concernant l'état physique de son auteur à l'époque où elle a été faite, y compris la déclaration quant à la durée mais non quant à la cause de cet état;

g)la déclaration faite avant la survenance des points contestés, quant à l'état d'esprit ou l'état émotionnel de son auteur au moment de cette déclaration;

h)la déclaration spontanée faite en réaction immédiate à un événement saisissant réel ou appréhendé;

i)la déclaration décrivant ou expliquant un événement observé ou un acte accompli par son auteur si cette déclaration a été faite de façon spontanée à l'époque de cet événement ou de cet acte;

[par. *j*) et *k*) exclus]

B. *Déclarations de l'inculpé*

63. Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article et aux articles 64 à 70. «déclaration spontanée» Déclaration qui n'a pas été faite dans la crainte d'un préjudice de la part d'un responsable ni dans l'espoir d'en obtenir un avantage.
«responsable» Personne qui détient une autorité sur l'inculpé en matière criminelle ou personne que l'inculpé pouvait être fondée à croire investie d'une telle autorité.

64. Le poursuivant ne peut produire en preuve au procès ou à l'enquête préliminaire une déclaration, autre qu'une déclaration visée aux alinéas 62(1) *f*), *g*), *h* ou *i*), faite par l'inculpé à

un responsable que si, lors d'un voire-dire tenu à cette fin, elle établit, sur preuve par présomptions, que cette déclaration était spontanée.

65. Dans tout voire-dire tenu en vertu de l'article 64, ni le tribunal ni la partie adverse ne peuvent interroger l'inculpé sur la véracité de sa déclaration.

66. Le fait qu'il y avait obligation légale de faire une déclaration n'entre pas en ligne de compte quand il s'agit de déterminer si elle était spontanée.

67. Le tribunal peut prendre en considération le contenu de la déclaration aux fins de déterminer si celle-ci était spontanée.

68. L'inculpé peut, dans le but de dispenser de tenir un voire-dire, reconnaître que sa déclaration était spontanée.

69.(1) La déclaration recevable dans le cadre de l'article 64 est irrecevable en preuve lorsque cette déclaration ne peut être imputée à l'inculpé en raison de son état physique ou mental au moment où il l'a faite.

(2) Le poursuivant n'est pas tenu d'établir que la déclaration visée au paragraphe (1) est imputable à l'inculpé à moins que celui-ci ne se soit déchargé de la charge de la preuve morale concernant son état physique ou mental au moment où il l'a faite.

70. Une déclaration est réputée avoir été faite à une personne autre qu'un responsable si l'inculpé ignorait que la personne à qui il faisait cette déclaration était une personne en autorité.

71. La preuve de la recevabilité d'une déclaration, présentée par le poursuivant lors d'un voire-dire tenu à l'enquête préliminaire, fait partie de la preuve à cette enquête si cette déclaration est reçue.

72. La déclaration jugée irrecevable conformément à l'article 64 ne devient recevable ni en partie ni en totalité du fait de la découverte postérieure d'une preuve matérielle au sens de l'article 160 la confirmant. Toutefois, il peut être prouvé que la découverte de la preuve matérielle résulte de la déclaration ou que l'inculpé en connaissait la nature, son état ou le lieu où elle se trouvait.

POOR

QUALITY

ORIGINAL